Die straflose Nachtat

Inauguraldissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg

Vorgelegt von
Hans Hilschenz
Referendar.

Referent: Prof. Dr. E. Mezger.

Berichterstatter:
Prof. Dr. E. Mezger
Marburg, Lahn

Mündliches Examen am 18. März 1927

Inhaltsverzeichnis.

Schrifttum.

v. Alberti, Strafrechtliche Konsumtion im GS. Band 76 S. 250 ff.

v. Bar, Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, Berlin 1909.

" Gesetz und Schuld im Strafrecht, 3 Bde. 1906/9.

Beling, Ernst, Begünstigung und Hehlerei in Vergl. Darst., Bes. Teil Bd. VII, S. 1. ff.

" Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

" Grundzüge des Strafrechts. 8., 9. Aufl. 1925.

" Methodik der Gesetzgebung. 1922.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898.

Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. 1. 1885.

" Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts Bd. 1 2. Aufl., 1902; Bd. 2, 1904—1905.

" Die Normen und ihre Uebertretung, 4 Bde. 1. Bd 1890, 2. Bd. Teil I 1914, Teil II 1916, 3. Bd. 1918 4. Bd. 1919.

" Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgem. Teil 8. Aufl. 1913.

Birnbaum, Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens im Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge, herausgegeben von J. T. Abegg, J. M. F. Birnbaum, A. W. Heffter, C. J. A. Mittermaier, C. G. Wächter. 1834 S. 149 ff.

v. Bülow, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und vom Rechtsgute im GS. Bd. 59, S. 177 ff.

Doerr, Das fortgesetzte Delikt, im GS. Bd. 71, Beilage.

Ebermayer, Lobe, Rosenberg, Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 3. Aufl. 1925.

Eckstein, E., Strafrechtliche Studien; Täuschung, Schädigung, Irrtum, Bereicherung und Absicht in ihren Wechselbeziehungen im Tatbestande des Betruges, im GS. Bd. 78, S. 137 ff.

" Die unbefugte Veräußerung fremder Gegenstände, in GA. Bd. 59, S. 414 ff.

Festschrift für Karl Binding, 1911.

Frank, Reinh., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl. 1926.

" Raub und Erpressung, in Vergl. Darst. Bes.-Teil Bd. VI, S. 1. ff.

" Vollendung und Versuch, in Vergl. Darst. Allgem. Teil Bd. V. S. 163 ff.

Finger, August, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.

Graf Gleispach, Die Veruntreuung von vertretbaren Sachen, Bd. 1. 1905.

Hälschner, Hugo, Das gemeine deutsche Strafrecht 1881.

Hanke, Wanda, Rechtsgüter der Sittlichkeitsverbrechen, Marb. Diss. 1926.

Harburger, Diebstahl und Unterschlagung, in Vergl. Darst. Besond. Teil Bd. VI, S. 183 ff.

Heinemann, H., Die Lehre von der Idealkonkurrenz, Berlin 1893.

v. Hippel, Strafrecht I, 1925.

Hirschberg, Die Schutzobjekte der Verbrechen. Speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen v. Lil. Heft 113, Breslau 1910.

Heyden, K., Die Subsidiarität der Strafgesetze, Erlanger Diss. 1907.

Honig, Die Einwilligung des Verletzten 1919.

" Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit 1925.

Höpfner, W., Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Berlin 1901.

Holtzendorff, Fr. v. Ergänzungen zum deutschen Strafrecht. Berlin 1877.

" Handbuch des deutschen Strafrechts, 3 Bd.

John, Beiträge zu der Lehre von der Verbrechenskonkurrenz. GA. 1855, S. 497 ff. und 620 ff.

Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung 1884.

" Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht, im GS. Bd. 39, S. 94 ff.

Köhler, August, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, München 1900.

" Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil, Leipzig 1917.

Kohler, Josef, Begriff der fortgesetzten Missetat, in GA. Bd. 53, S. 153 ff.

Lent, Fr., Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, 1912.

v. Liszt, Fr., Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW. Bd. 8, S. 133 ff.

" Lehrbuch des deutschen Strafrechts 24. Aufl., Berlin-Leipzig 1922.

Loening, Rich., Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt 1885.

Mayer, M. E., Lehrbuch des Strafrechts, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915.

Merkel, A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

" Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart 1912.

Merkel, P., Konkurrenz, in Vergl. Darst., Allgem. Teil Bd. V, S. 269 ff.

Meyer, Hugo, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Aufl. Erlangen 1882.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1922, 8. Aufl.

Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente GS. 89, S. 207 ff.

Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, ZStW. Bd. 17 (1897), S. 493 ff.

Olshausen, J. v. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl., Berlin 1916

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch usw., Berlin 1901.

v. Pradzynsky, Sachbeschädigung und Aneignung, Breslau 1908.

Rathenau, Fr., Die Stellung des Begriffs „fortgesetztes Verbrechen" im System des deutschen Strafrechts und seine Geltung nach deutschem Strafrecht. Im GS. Bd. 56 S. 81 ff.

Sauer, Wilh., Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus? Halle 1908.

" Grundlagen des Strafrechts, Berlin-Leipzig 1921.

" Der Zueignungsbegriff, in GA. Bd. 63, S. 284. ff.

Schmidt, Rudolf, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915.
Schütze, Th. R. Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Leipzig 1869.
" Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage, in ZStW. III. S. 48 ff.
Schwartz, Das Strafgesetzbuch usw. 1915.
Wachenfeld, Fr., Theorie der Verbrechenskonkurrenz, Berlin 1893.
Zimmer, W., Der Zueignungsbegriff nach dem Reichsstrafgesetzbuch, Eisleben 1913.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goltdammer.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.
Der Gerichtssaal.
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, allgemeiner und besonderer Teil.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

Abkürzungen.

GS.	=	Der Gerichtssaal.
GA.	=	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begr. von Goltdammer.
Vergl. Darst.	=	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, allgemeiner und besonderer Teil.
ZStW.	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
RG. I, I	=	Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. I, S. I.
RMG. I, I	=	Entscheidung des Reichsmilitärgerichts Bd. I, S. I.

§ 1

Beling behandelt in seinem Werke „Die Lehre vom Verbrechen" die von ihm sogenannten Nachhandlungen ausführlich.

Er geht davon aus[1]), daß sich an den Tatbestandskern, d. i. die Gesamtheit der Tatbestandsmerkmale, die den Verbrechenstypus ausmachen noch eine Außenzone angliedere, die vom Tatbestande selbst beherrscht wird und darum den weiteren Tatbestand bildet. Hierhin rechnet Beling Vorbereitungshandlungen, Nachhandlungen und Nebenhandlungen.

Als charakteristisch für den Begriff der Nachhandlung bezeichnet er, daß sie, wie der Name sagt, einer Tatbestandsverwirklichung nachfolgt und eigener Typizität darum ermangelt, weil sie sich in der weiteren tatbestandlichen Sphäre insofern hält, als sie lediglich den durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustand festhält[2]), der Nachtäter m. a. W. die Ausgleichung zu einem der Rechtsordnung entsprechenden Zustande verhindert und die Nachhandlung eine neue Rechtsgutsverletzung nicht enthält. Hierauf aufbauend bildet er einen eigenartigen umfassenden Begriff der Nachtat: Um welche Vortat es sich handelt, muß prinzipiell gleichgültig sein[3]), nur muß das Vordelikt einen rechtswidrigen Zustand begründen. Des weiteren darf kein Unterschied gemacht werden, ob der Täter des Vordelikts selbst die Ausgleichung zu einem dem Rechte entsprechenden Zustande verhindert oder ein an der Vortat nicht beteiligter Dritter[4]); denn was vom Täter des Vordelikts selbst begangen als bloßes Tatanhängsel erscheint, kann diese seine Eigenart nicht ändern, wenn es von einem Dritten vollführt wird.

So kommt denn Beling zu einem universellen Begriff der Nachtat, der dem allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches eingegliedert werden müßte. Infolge der Mannigfaltigkeit der Vordelikte lehnt er naturgemäß die Setzung eines starren Strafrahmens für das Nachhandeln ab und empfiehlt im Anschluß an die Behandlung der Teilnahmelehre „eine grundsätzliche Bestimmung über die Strafbarkeit von Nachtätern mit relativer Strafdrohung."[5])

Damit ist nun schon gesagt, daß der Belingsche Begriff der Nachhandlung im heute geltenden Strafrecht nicht zu finden ist. Das heute noch in Geltung befindliche Reichsstrafgesetzbuch enthält viele Nachhandlungen im Sinne Belings, die es gerade mit einem starren Strafrahmen belegt. Hierhin gehören z. B.[6]) Hehlerei (§ 259 StGB.); Erwerb einer Forderung gegen einen Minderjährigen, die durch Ausbeutung desselben zur Entstehung gelangte (§ 302 StGB.); der sogenannte Nachwucher des § 302 c StGB.; Gebrauchmachen von gefälschten Münzen (§ 147 StGB.), von falschen Urkunden (§§ 270, 273, 275, 279 StGB.), das Feilhalten von unzüchtigen Schriften (§ 184) usw. — Ueberall hat der Gesetzgeber hier Sondertatbestände geschaffen.

1) L. v. V. S. 245ff. Vgl. auch Grundzüge S. 101.
2) Beling, L. v. V. S. 473; Vgl. denselben in Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. VII S. 230ff.(232)
3) L. v. V. S. 493.
4) L. v. V. S. 473.
5) L. v. V. S. 489, vgl. S. 474 und derselbe in Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. VII S. 236 f.
6) L. v. V. S. 475.

Dabei soll nicht in Abrede gestellt werden, daß der Gesetzgeber eine Empfindung für die Abhängigkeit dieser Delikte von den Vortaten, die den rechtswidrigen Zustand begründen, wenigstens in einigen besonders deutlichen Fällen hat[1]). Das fällt insbesondere bei der Regelung der Hehlerei auf; obwohl sie einen Sondertypus im Strafgesetzbuch darstellt, wird sie in dieser Erkenntnis in manchen Beziehungen der Teilnahme gleichgestellt. Nach § 57 Zif. 3 St PO sind Personen, welche wegen der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat als Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler verdächtig oder bereits verurteilt sind, unbeeidigt zu vernehmen. Auch im § 63 StGB. kommt derselbe Gedanke zum Ausdruck[2]). Immerhin ist das Strafgesetzbuch von der Anerkennung des Belingschen Begriffes der Nachhandlung weit entfernt. Auch der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches ändert daran nichts.

§ 2

Wenn nun im folgenden von Nachhandlungen, Nachtaten (Wissenschaft und Praxis reden auch von Verwertungs- und Verwirklichungsdelikten) geredet werden soll, so ist der universelle, von Beling geprägte Begriff darunter nicht zu verstehen; vielmehr soll der Begriff so, wie er nach heute geltendem Recht sich darstellt, klargelegt werden. Die Ausführungen Belings sind für die Bildung des Begriffes der Nachtat nach heutigem Recht aber von großem Wert darum, weil die Grundlinien seiner Lehre in ihm wiederzufinden sind.

A

Die Frage nach der Behandlung der Nachtat entsteht heutzutage in erster Linie bei den Delikten, bei denen der Gesetzgeber bei der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes das Vorliegen einer auf einen weitergehenden Erfolg gerichteten Absicht fordert.

Nach dem Strafgesetzbuch tritt die Vollendung eines Delikts nicht immer erst mit der Rechtsgutsverletzung ein; man kann daher nur eine formelle Begriffsbestimmung der Verbrechensvollendung geben. Ein Delikt ist vollendet mit dem Eintritte des Ereignisses, auf welches der Gesetzgeber den Augenblick der Vollendung verlegt.[3])

Gewiß gehört zu vielen Strafgesetzen der Eintritt eines Erfolges, vergl. z. B. Mord, Totschlag, Körperverletzung usw. In vielen Fällen sieht sich der Gesetzgeber aus kriminalpolitischen Gründen jedoch veranlaßt, ein vollendetes Delikt schon vor voller Verwirklichung des in Aussicht genommenen Erfolges anzunehmen; damit schafft er Tatbestände, zu denen der volle Erfolg nicht gehört und die sich daher als der erste Schritt zur Realisierung des vom Täter von vornherein angestrebten Gesamterfolges[4]) darstellen.

[1]) Beling S. 485 f., Vergl. Frank Kom. vor § 257.

[2]) Bei den Italienern und im gemeinen deutschen Strafrecht findet man Begünstigung und Hehlerei als concursus post delictum bezeichnet. Teilnahme nach vollendetem Delikt ist allerdings logisch unmöglich. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß beide als Sondertypen gestaltet werden müßten; Vergl. hierzu Beling L. v. V. S. 476 ff.

[3]) Vergl. Frank in Vergl. Darst. Allgem. Teil Bd. V. S. 166.

[4]) Vergl. RG II, 359, 360: „Den durch die Natur der Sache selbst notwendig gemachten ersten Schritt zur Realisierung der Absicht der Gesamthandlung."

Im Bewußtsein dieser Vorverlegung der Vollendung fordert dann der Gesetzgeber zum subjektiven Tatbestande die auf den Gesamterfolg gerichtete Absicht.

Bei der Festsetzung der formellen Vollendung verfährt der Gesetzgeber völlig willkürlich: So ist die Erpressung bereits mit der Erzwingung des Verhaltens vollendet, aus dem sich der Vermögensschaden ergeben soll; der Betrug aber erst mit dem Eintritt des Vermögensschadens; bei der Falschmünzerei des § 146 StGB. liegt ein vollendetes Delikt schon bei Herstellung der Fälschung in der Absicht des Gebrauchmachens vor, bei der Urkundenfälschung des § 267 StGB., ein Delikt, das doch ganz ähnlich wie die Falschmünzerei zu behandeln wäre, muß das Gebrauchmachen hinzutreten.

Wenn nun der Täter eines derartigen Absichtsdelikts über die formelle Vollendung hinaus weiter handelt und den Erfolg — den er von vornherein im Auge hatte — herbeiführt und wenn dieses Weiterhandeln einen neuen strafgesetzlichen Tatbestand erfüllt, so entsteht die Frage, wie sich diese Nachhandlung zur Vortat verhält, wie sie rechtlich zu qualifizieren ist. Es ist also zu beachten, daß der Täter des Vordelikts selbst diese Nachhandlung vornehmen muß. Im Gegensatz zu dem von Beling geprägten Begriff der Nachtat fällt unter den hier zu behandelnden Begriff nicht die Nachhandlung nach fremder Tatbestandsverwirklichung. Diese Einschränkung muß darum gemacht werden, weil — wie oben ausgeführt — das heute geltende Strafrecht einen derartig umfassenden Begriff wie Beling nicht kennt. Da das Strafgesetzbuch diese allgemeine Regelung nicht getroffen, sondern aus den Nachtatbeständen im Sinne Belings Sondertypen geschaffen hat, so können Bedenken garnicht auftauchen, wenn der Nachtäter eine vom Täter des Vordelikts verschiedene Person ist: Er muß in Gemäßheit dieses Sondertatbestandes bestraft werden.

Die Frage nach der Behandlung der Nachtaten entsteht also heute in erster Linie bei den Absichtsdelikten, wenn der Täter des Vordelikts über die formelle Vollendung hinaus weiterhandelt.

Es seien einige Beispiele angeführt: Wie ist z. B. die einem Betruge folgende Unterschlagung der ertrogenen Sache[1]), der dem Diebstahl folgende Betrug[2]), der einer Nahrungsmittelfälschung folgende Betrug durch Verkauf der gefälschten Waren[3]), das Gebrauchmachen von den falschen Münzen durch den, der sie nachgemacht hat[4]), der Betrug, der sich an einen Versicherungsbetrug anschließt[5]) — rechtlich zu beurteilen? —

Ueberall wird hier mit dem Vorakt bereits ein voller gesetzlicher Tatbestand verwirklicht, zu dessen subjektiven Erfordernissen das Vorhandensein einer auf einen außerhalb des objektiven Tatbestandes liegenden Erfolg gerichteten Absicht gehört. Der Nachakt verwirklicht diese Absicht und zugleich einen anderen gesetzlichen Tatbestand als die Vortat.

[1]) Vergl. Frank, Kom. § 73 VII 2 c γ; Leipzig. Kom. § 263 Anm. 10; Einl. VII 2; RG 15, 426 f.

[2]) Vergl. Anm. 1; RG 39, 239f; 43, 65f.;

[3]) Vergl. RG. 11, 355ff.

[4]) Frank, Vergl. Darst. Allgem. Teil Bd. V S. 168 f. Vergl. Frank, Kom. § 73 VII 2 c γ. Bezügl. des Verhältnisses der §§ 146 u. 147 StGB. können Zweifel garnicht auftauchen, wenn man das Wörtchen „auch" im Tatbestande des § 146 als bloßes Redaktionsversehen streicht. Hält man das für richtig, so schließen sich die §§ 146 u. 147 ohnehin aus. Vergl. über die immerhin zweifelhafte Frage Frank a. a. O.; Leipzig. Kom. § 146 Anm. 8 S. 473; Olshausen § 146 Nr. 10

[5]) Vergl. Sauer Grundlagen § 18 I 1 b γ. S. 481; Frank Kom. § 265

Beling wies darauf hin, daß die Nachhandlung in der Fortsetzung oder Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustandes besteht. Das trifft auch auf sämtliche von Praxis und Theorie erörterten Fälle zu. Bei den Absichtsdelikten wird mit der tatbestandlichen Endtatsache der rechtswidrige Zustand geschaffen, den der Täter festhält und gemäß seiner Absicht benutzt und verwertet. So ist bei den oben genannten Fällen von Vor- und Nachtat als rechtswidriger Zustand anzusehen[1]) das Entferntsein der Sache vom Berechtigten oder die Erzeugung eines der Rechtsordnung anstößigen Gegenstandes usw.

Wie behandelt nun das Reichsgericht diese Nachhandlungen? — Von einer einheitlichen Rechtsprechung über die Behandlung von Nachtaten kann man überhaupt nicht reden. Um diese Behauptung zu veranschaulichen, seien aus der großen Zahl der einschlägigen Entscheidungen nur einige herausgegriffen.

In der Entscheidung RG II, 355 ff[2]) handelt es sich um das Zusammentreffen von Ziffer 1 des § 10 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. 5. 1879 mit der Ziffer 2 desselben Paragraphen bezw. mit § 263 StGB. Das Reichsgericht hält hier den Satz für maßgebend, daß mehrere selbständige Handlungen nicht vorliegen können, wenn „die frühere Tätigkeit den durch die Natur der Sache selbst notwendig gemachten ersten Schritt zur Realisierung der Absicht der Gesamthandlung bildet und wenn zugleich die verschiedenen Einzelakte gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind, was auch dann, wenn nicht blos der § 10 Nr. 2, sondern der § 263 StGB. zutrifft, gesagt werden darf, weil das Nahrungsmittelgesetz im § 10 a. a. O. neben anderen Tendenzen wesentlich auch die Tendenz der Repression der Vermögensschädigung durch Täuschung . . . . verfolgt". Da Herstellung und Verkauf derselben von vornherein gefaßten Absicht entsprangen, so besteht ein enger natürlicher Zusammenhang beider Handlungen und so kommt das Reichsgericht zu dem Ergebnis, daß Handlungseinheit vorliege[3]).

Obwohl nun beim Verhältnis von Versicherungsbetrug (§ 265 StGB.) zum Betrug die Brandstiftung mit eben demselben Rechte wie in der eben angeführten Entscheidung als der „durch die Natur der Sache selbst notwendig gemachte erste Schritt zur Realisierung der Absicht der Gesamthandlung" bezeichnet werden kann, entscheidet das Reichsgericht hier gerade entgegengesetzt: „Daß beide Delikte den gleichen Zweck im Auge haben und daß die Brandstiftung als Mittel zur späteren Ausführung des Betruges dient und dienen sollte", soll zu einer Zusammenfassung beider Handlungen zu einer Einheit nicht ausreichen könen[4]). Und so kommt das Reichsgericht zur Annahme einer Realkonkurrenz.

Und schließlich sei noch ein dritter Fall angeführt, bei dem das Reichsgericht weder Handlungseinheit noch eine Mehrheit selbstständiger Handlungen annimmt; anläßlich der Frage, wie die Verwertung des gestohlenen Sparkassenbuches durch Betrug des Sparkassenbeamten und Abhebung des Betrages zu beurteilen ist, führt RG 39, 239 ff. aus: „Wenn die Angeklagte diese Werte in Verwirklichung jener ihrer Zueignungsabsicht zu ihrem Vorteil ausnutzte, indem sie . . . . das

[1]) Vergl. Beling L. v. V. S. 499 f.

[2]) auf diese Entscheidung wird auch in späteren Urteilen verwiesen z. B. RG 25, 101 f.; 41, 205 f. Vergl. zu den angeführten Entscheidungen Honig, Stud. S. 42 f.

[3]) RG II, 359: Ob Handlungseinheit oder mehrere selbständige Handlungen vorliegen, soll davon abhängen," ob Verkauf und Herstellung aus derselben von vornherein gefaßten Absicht entsprangen, oder ob der Verkauf aus einem besonderen, bei der Herstellung noch nicht gefaßten Willensakte hervorging". Vergl. hierzu Honig, Studien S. 42 f.

[4]) So RG 17, 62 (65); Vergl. dazu RG 10, 53; 44, 255; 48, 191; Honig, Stud. S. 23, 42 f.

Geld abheben ließ, so kann darin kein neuer, sondern nur ein fortgesetzter, aber bereits durch die Bestrafung wegen Diebstahls zur Sühne gebrachter Eingriff in fremdes Eigentum erblickt werden." Und damit wird für diesen Fall wenigstens der Begriff der Verwertungshandlung, der Nachtat im hier zuerörternden Sinne vom Reichsgericht anerkannt.

Dem Reichsgericht ist entgegenzuhalten: In allen diesen Fällen kann die Frage einer Idealkonkurrenz, der Handlungseinheit, darum nicht auftauchen, weil es an dem für die Anwendung des § 73 StGB. charakteristischen Merkmal der Idealkonkurrenz mangelt, daß nämlich durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt sind. Zu diesem Ergebnis muß man für alle hierher gehörenden Fälle bei richtiger Erfassung des Begriffs Handlungseinheit kommen. Die richtige Erfassung dieses Begriffs läßt sich allerdings aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht entnehmen; denn dieses verwendet völlig willkürlich einmal die natürliche, das andre Mal die juristische Betrachtungsweise, um zur Annahme einer Tateinheit zu kommen[1]). Für die Entscheidung der Frage ist aber die natürliche Betrachtungsweise vollkommen auszuschließen[2]). Ganz abgesehen davon, daß der Begriff der natürlichen Handlungseinheit objektiver Beurteilung garnicht zugänglich und darum abzulehnen ist, muß das Gesetz selbst, wenn es schon zwischen einer und derselben Handlung und mehreren selbständigen beim Zusammentreffen mehrerer Delikte unterscheidet, auch bestimmen, nach welchem Gesichtspunkt hierbei zu verfahren ist[3]). Welches der maßgebende Gesichtspunkt ist, ergibt sich aus § 73 StGB: Es ist „das ideale Nebeneinander der mehrfachen strafrechtlichen Bedeutung" einer der Willensbetätigungen [4]). — Von einem solchen kann man bei Vor- und Nachakt aber nicht reden.

Die Annahme einer Realkonkurrenz muß mit der Begründung abgelehnt werden, daß es an der erforderlichen Selbständigkeit der einzelnen Handlungen fehlt. Oben wurde gesagt, daß die Frage nach der Beurteilung der Nachtat in den weitaus meisten Fällen nach Absichtsdelikten auftaucht. Bei diesen wartet der Gesetzgeber den Eintritt des Erfolges erst garnicht ab, sondern läßt den staatlichen Strafanspruch schon in einem früheren Zeitpunkt entstehen und fordert nur eine auf eine sachliche Vollendung gerichtete Absicht bei der Erfüllung des objektiven Tatbestandes. Es kann daher unmöglich der Wille des Gesetzgebers sein, noch einmal strafen

[1]) Vergl. Honig, Studien, S. 23, 42 ff.

[2]) Vergl. Honig, Studien, Vorwort S. I; S. 13, 21.

[3]) Vergl. Honig, Studien, Vorwort S. I; S. 13 f, 57; vergl. RG. 4, 187 ff.

[4]) So Honig, Studien, S. 21: „Wenn durch eine Handlung mehrere Strafgesetze verletzt sein müssen, damit diese als ideal- und nicht realkonkurrierend in Betracht kommen können, dann folgt daraus, daß auch bei Grenzfällen anstelle des realen Neben- bezw. Nacheinander der mehrfachen Willensbetätigungen das ideale Nebeneinander der mehrfachen strafrechtlichen Bedeutung als für die Idealkonkurrenz entscheidender Faktor zu treten hat." — Ein Beispiel Honigs (RG 13, 399): Die Eheleute H hatten den Schiffsbaumeister C einen Kahn zur Reparatur gegeben; nach Vollendung der Reparatur waren sie mit C über die Angemessenheit des verlangten Preises in Streit geraten; im Verlaufe dieses Streites hatte Frau H dem C, der den Kahn vor Bezahlung nicht herausgeben wollte und ihn daher festhielt, mit einem Stück Holz auf die Hand geschlagen, sodaß er den Kahn loslassen mußte. Die Eheleute H hatten den Kahn dann mitgenommen. — Es liegt Idealkonkurrenz von Körperverletzung und Pfandkehr vor wegen der juristischen Doppelnatur des Schlages als Körperverletzung und Wegnahme (Honig, S. 22—24).

zu wollen, wenn der Täter über die formelle Vollendung hinaus weiterhandelt und den Erfolg herbeiführt. Die Erreichung desselben kann strafrechtlich als selbständige Handlung nicht gewertet werden; der staatliche Strafanspruch ist ja für die ganze Handlungsreihe schon vorher entstanden und deckt daher alle einzelnen Akte, mögen diese auch einen anderen strafgesetzlichen Tatbestand erfüllen[1]). Realkonkurrenz der beiden Delikte ist darum ausgeschlossen. Ueberall in der Literatur und auch teilweise, wie schon gesagt wurde, in der Praxis zeigt sich vielmehr die Neigung, eine völlige Straflosigkeit der Nachtat eintreten zu lassen.

B

Es wurde schon oben darauf hingewiesen, daß die Frage nach der rechtlichen Behandlung der Nachtat nicht nur bei den gesetzlichen Tatbeständen vorkommt, die eine auf einen endgültigen Erfolg gerichtete Absicht erfordern. Theorie und Praxis kennen auch straflose Nachtaten nach Nichtabsichtsdelikten. Solche Nachtaten sollen z. B. sein folgende einer Unterschlagung nachfolgenden Handlungen: Die Sachbeschädigung[2]), der Betrug dem Geschädigten gegenüber[3]) und schließlich die Verletzung des Briefgeheimnisses[4]). Wenn derjenige, der eine mittelbare Falschbeurkundung im Sinne des § 271 bewirkt hat, später von dieser Gebrauch macht (§ 273 StGB.), so soll auch dieses eine straflose Nachtat sein[5]).

Wenn nach dem Gesagten auch Nichtabsichtsdelikte als Vortaten in Frage kommen können, so scheint es auf den ersten Blick, als ob dadurch eine Abgrenzung völlig unmöglich werde. Das trifft aber nicht zu; vielmehr kann es sich nur um ganz bestimmte Nichtabsichtsdelikte handeln, die als geeignete Vortaten in Frage kommen: Nämlich nur um die, bei denen ein Erfolg eingetreten ist, den der Gesetzgeber sich als Grundlage oder Mittel zu einer weiteren Handlung des Täters nach der Erfahrung des Lebens vorstellt — entsprechend der tatbestandlichen Endtatsache bei den Absichtsdelikten — und bei denen die Nachtat wieder nur Festhaltung oder Verwertung des geschaffenen rechtswidrigen Zustandes bedeutet. So ist die Unterschlagung, die rechtswidrige Zueignung, wie weiter unten ausgeführt werden wird, nur das Mittel für den Täter, um die Sache unter Ausschluß des Eigentümers zu verwerten. Die mittelbare Falschbeurkundung wird regelmäßig nur herbeigeführt, um später von der falschen Urkunde Gebrauch zu machen[6]).

Somit hat die hier zubehandelnde Frage für einen größeren Kreis von Verbrechen Bedeutung als von Alberti[7]) annimmt, der die hier in Rede

[1]) Vergl. Frank, Kommentar, § 73 VII 2 c γ, der deshalb auch den Ausdruck „vorbestrafte Nachtat" für besser hält; RG 11, 355 ff. 360. Siehe hierzu v. Alberti GS 76, 262 ff; Sauer GA 63, 292 ff.

[2]) Frank Kom. § 73 VII 2 c γ. Leipz. Kom. 303, Anm. 10.

[3]) RG 38, 192 f. Vergl. Frank Kom. § 73, VII 2c γ.

[4]) RMG 10, 250. Frank Kom. § 73, VII 2 c γ; diese Entscheidung ist nicht zu billigen, vergl. die Ausführungen im § 4.

[5]) RG 58, 34; RG GA 54, 302 f.; RGGA 56, 78.

[6]) RG 58, 34: „Allerdings verlangt das Vergehen nach § 271 StGB. nicht wie die Urkundenfälschung nach § 267 StGB. zu seiner Vollendung ein Gebrauchmachen von der unrichtigen Eintragung oder Urkunde; es ist vielmehr schon mit der Beurkundung rechtlich abgeschlossen. Immerhin liegt jedoch in dem Gebrauchmachen von der falschen Beurkundung, wenn es auch nicht zum Tatbestande des § 271 StGB. gehört, regelmäßig nur eine Fortsetzung der strafbaren Betätigung, die von vornherein ein späteres Gebrauchmachen von der falschen Urkunde in sich schließt" Vergl. RGGA 54, 302 f.; 56, 78.

[7]) Im GS. Bd. 76 (1910) S. 283, 284.

stehenden Nachtaten auf die Fälle beschränkt, in denen zum subjektiven Tatbestande des den rechtswidrigen Zustand begründenden Delikts die Absicht rechtswidriger Zueignung gehört mit der Begründung, daß es einen Vorsatz, der in einer umfassenderen Beziehung zu einer Sache stehe, nicht gebe. Wenn man auch zugeben muß, daß bei Delikten mit Zueignungs- (und Bereicherungs-) absicht das hier strittige Gebiet am häufigsten zur Entscheidung gelangt, so ist nach dem oben Gesagten die Fassung von Albertis doch als zu eng anzusehen.

§ 3

A

Das Reichsgericht spricht in den oben angeführten Entscheidungen wiederholt davon, die Nachtat stelle sich nur als Fortsetzung der strafbaren Vortat dar und entbehre darum rechtlicher Selbständigkeit[1]). Nun darf man allerdings nicht in dem Sinne von einer Fortsetzung reden als z. B. beim Diebstahl die Nachtat sich als die Fortsetzung der bei der Wegnahme beabsichtigten Zueignung darstelle (RG 35, 64f[2]); denn eine Fortsetzung von etwas erst Beabsichtigtem gibt es logischerweise nicht. Ohne dem Worte Fortsetzung aber irgendwelchen Zwang anzutun, kann man von einer Fortsetzung des bei der Vortat vorhandenen Vorsatzes bei der Nachtat reden[3]).

Auch in einem anderen Sinne läßt sich die Nachtat als Fortsetzung bezeichnen. Alle Vortaten, denen sich eine Nachtat im hier erörterten Sinne anzuschließen pflegt, haben das Gemeinsame, daß sie einen dem Rechte anstößigen Zustand begründen[4]), und daß die Nachtat sich als eine Verhinderung des Ausgleiches durch den Täter des Vordelikts darstellt: Die Nachtat setzt den durch die Vortat begründeten rechtswidrigen Zustand fort.

Es liegt daher recht nahe, die Nachtat im Verhältnis zur Vortat unter dem Gesichtspunkte des fortgesetzten Delikts zu betrachten, einem Begriffe, der vom Gesetz selbst nicht entwickelt ist, sondern aus einem praktischen Bedürfnis nach einheitlicher Strafe bei Handlungsmehrheit in gewissen Fällen entstanden und allgemein anerkannt ist[5]). In kurzen Zügen muß daher der Begriff des fortgesetzten Delikts erörtert werden. In der Folge ist des öfteren auf Einzelheiten zurückzukommen.

Für die unter den Begriff des fortgesetzten Delikts gehörenden Fälle ist der Gedanke maßgebend, daß es gleichgiltig ist, ob ein Verbrechen durch eine Handlung auf einmal oder in mehreren Handlungen, sukzessiv aufeinanderfolgend, begangen wird. Die einzelnen Handlungen werden zu einer Einheit[6]) zusammengeschlossen, der Tatbestand des betreffenden Delikts wird nur einmal verwirklicht. Daher ist es nicht richtig, daß Kommentare und Lehrbücher auf das fortgesetzte Verbrechen bei der

---

[1]) So RG. 35, 64; 43, 45; 58, 34; ähnlich Harburger in Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. VI S. 209 Anm. 4. Höpfner, Einheit und Mehrheit, Bd. I S. 181, vergl. v. Alberti, GS. 76, S. 284 ff, Merkel in Vergl. Darst. Allg. Teil Bd. V, S. 288 ff, 401.

[2]) v. Alberti im GS. Bd. 76, S. 284 ff, 289.

[3]) Vergl. z. B. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz. S. 241.

[4]) Vergl. Beling, L. v. V. S. 490 ff, 493; auch v. Alberti, GS. 76 S. 283 ff.

[5]) Ueber die umfangreiche Literatur und die mannigfachen Streitfragen vergl. die Kommentare zu § 74 StGB.

[6]) Juristische Handlungseinheit bei natürlicher Handlungsmehrheit. — Juristische Handlungseinheit ist ein Begriff, dem „bei jeder Art des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen" ein andrer Inhalt zukommt (Honig, Studien, Vorwort.). Es beruht aber z. B. „die juristische Handlungseinheit . . . . bei der Idealkonkurrenz auf durchaus anderen Merkmalen als beim fortgesetzten Delikt" (Honig, Vorwort). Der Gegensatz ist natürlich Handlungseinheit. Es wurde schon gesagt, daß dieser Begriff abzulehnen ist.

Lehre von den Konkurrenzen zu sprechen kommen; denn es liegt ja Verbrechenseinheit vor. Es ist darum nicht richtig, weil es sich in den Fällen des fortgesetzten Delikts garnicht um die Konkurrenz mehrerer selbständiger[1]) Handlungen und somit mehrerer Verbrechen, sondern vielmehr um die Art der Begehung eines einzelnen Delikts handelt, das fragliche Gebiet mit der Konkurrenzlehre also garnicht zu tun hat[2]).

Wenn man aber unter fortgesetztem Verbrechen nur die Begehungsart eines einzelnen Verbrechens versteht, so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß die einzelnen Betätigungen, die den betreffenden Tatbestand alle zusammen nur einmal verwirklichen, demselben Deliktstypus zustreben müssen, mit anderen Worten: Sollen mehrere Handlungen zum fortgesetzten Verbrechen zusammengefaßt werden, so ist Gleichartigkeit der Einzelakte in dem Sinne erforderlich, daß diese gegen dasselbe Verbot verstoßen[3]), denselben gesetzlichen Tatbestand erfüllen. Das ist denn auch allgemein anerkannt, wenn man sich auch überEinzelheiten streitet.

Man hat versucht, das einigende Band in der Einheit des Vorsatzes und des Entschlusses[4]) zu finden.

Genau genommen ist es nun zunächst unrichtig, von Vorsatzeinheit zu sprechen. Vorsatz als juristischer Begriff bezeichnet den subjektiven Tatbestand einer Handlung und endigt mit dieser ebenso wie er mit ihr beginnt[5]). Nimmt man nun aber selbst einen solchen Generalvorsatz, der sachlich dasselbe wie Entschluß und einheitlicher Entschluß d. i. Plan für künftiges Verhalten ist, an, so kann dieser doch unmöglich das bezeichnende Merkmal des fortgesetzten Verbrechens sein. Das kann schon darum nicht richtig sein, weil auch fahrlässige fortgesetzte Verbrechen möglich sind[6]); denn warum sollte hier der vorsätzlich Handelnde besser gestellt sein als der nur fahrlässig Handelnde[7]). Diese „Vorsatzeinheit" würde aber auch zu der merkwürdigen Folgerung führen, daß der Angeklagte, wenn er den einheitlichen, also schwereren dolus zugibt, leichter bestraft würde als derjenige, der leugnet, von vornherein eine so umfassende Willensrichtung gehabt zu haben[8])[9]). Vorsatz- bezw. Entschlußeinheit

[1]) Selbständig ist eine Handlung, wenn sie von anderen unabhängig ist, eine eigene Tat- und Willensseite besitzt d. h. diese nicht mit anderen gemeinsam hat. Vergl. Doerr, GS 71, Beilage, S. 178, Anm. 2.

[2]) Vergl. Binding, Handbuch I, S. 517 Nr. 1. Rathenau GS 56, 140; Doerr GS. 71, Beilage S. 182; Frank, Kom. § 74 V 1d; Leipziger Kom. Einl. IX 5 S. 39; Beling, L. v. V., S. 340, 362.

[3]) Vergl. Beling, L. v. V. S. 340; Frank, Kom. § 74 V 1 d; Leipz. Kom. Einl. IX 5 d; Olshausen § 73, Anm. 8.; Sauer, Grdl.-S. 493.

[4]) das RG. fordert Vorsatzeinheit, weicht aber von seiner Terminologie oft ab und redet z. B. vom Gesamtentschluß (RG. 58, 184). — Ein Unterschied zwischen Einheit des Vorsatzes und der des Entschlusses besteht nicht.

[5]) Honig, Stud. S. 126, 127.

[6]) Von Liszt S. 235; Kohler GA 53 S. 160; Binding, Handbuch I S. 537 f.; Sauer Grundl. § 18 IV 1 S. 495; Frank, Kom. § 74 V 1d.

[7]) Honig Studien. S. 135 f.

[8]) Darauf weisen denn auch fast alle Schrifteller hin. Vergl. u. a. Sauer, Grundlagen, S. 496 § 18 IV 1 Anm. 2. im Anschluß an Beling v. Bar, Mayer usw.

[9]) Dieser Erkenntnis konnte sich auch das Reichsgericht nicht verschließen. Vergl. Honig Stud. S. 124: „Es soll jedoch auch vorkommen, daß, wo die Frage des einheitlichen Vorsatzes — sit venia verbo — voreilig berührt und vom Angeklagten verneint wurde, die Gerichte den einheitlichen Vorsatz mit der Begründung unterstellen, daß die gegenteilige Behauptung des Angeklagten unglaubwürdig erschien."

als charakteristisches Merkmal des fortgesetzten Delikts wäre also auszuschalten.

Für die Begriffsbestimmung wird man nun insbesondere den Gesichtspunkt in den Vordergrund rücken müssen, daß die Anerkennung des Begriffs des fortgesetzten Delikts dadurch gerechtfertigt sein muß, daß er nur auf die Fälle zur Anwendung gelangen darf, wo der Täter tatsächlich in geringerem Maße schuldig ist als derjenige, der mehrere selbständige strafbare Handlungen begeht[1]). Man entzieht sich aber selbst die innerliche Berechtigung, den Täter des fortgesetzten Delikts milder zu strafen als den von mehreren selbständigen Handlungen, wenn man gewissermaßen eine Prämie auf einen solchen Grad von Böswilligkeit setzt, wie ihn ein solcher Generalvorsatz, dauernd Verbrechen zu begehen, enthält. Es entsteht die Frage, wann eine geringere Schuld des Täters vorliegt, wann eine Handlungsweise dem Beurteiler in milderem Lichte erscheint, sodaß die mehreren Handlungen nicht als selbständig aufzufassen sind und ihr Zusammenhang zu einer Einheit innerlich gerechtfertigt erscheint. Bedenkt man, wie die gleiche Gelegenheit den Anreiz zur Wiederholung in sich birgt, wie sie zur Ausnutzung derselben verführen kann, so muß man diese äußeren Umstände als das ansehen, was eine mildere Beurteilung rechtfertigt[2])[3]). Daher ist mit Honig[2]) die Begriffsbestimmung des fortgesetzten Delikts folgendermaßen zu geben: „Mehrere denselben Grundtatbestand erfüllende Handlungen sind als eine fortgesetzte Straftat anzusehen, wenn sie unter Ausnutzung oder aus Anlaß der gleichen Gelegenheit begangen sind."

Es sei nun auf die oben gestellte Frage zurückgekommen, ob man die Nachtat im Verhältnis zur Vortat dem Begriffe des fortgesetzten Verbrechens einordnen könne.

Merkel[4]) und alle die Schriftsteller, die der Nachtat in unserem Sinne für das Strafrecht überhaupt jede Bedeutung absprechen, müssen von ihrem Standpunkte aus schon aus diesem Grunde es ablehnen, die Nachtat vielleicht als einen Teil eines fortgesetzten Delikts anzusehen. Wenn man von dieser völligen Bedeutungslosigkeit der Nachtat aber nicht so überzeugt ist, so wird man die Annahme eines fortgesetzten Delikts doch ablehnen müßen; allerdings lassen sich verschiedene Vergleichspunkte nicht leugnen.

Was den Wortsinn des Ausdrucks fortgesetztes Delikt angeht, so wurde schon oben gezeigt, daß man im gewissen Sinne auch die Nachtat als Fortsetzung der Vortat auffassen kann, insbesondere, wenn man die Handlungsmehrheit im Hinblick auf den einheitlichen Erfolg betrachtet, den in vielen Fällen der Täter des Vordelikts doch einzig und allein im Auge hat. Sodann können zwischen den einzelnen Handlungen des fortgesetzten Verbrechens verhältnismäßig lange Pausen liegen und ebenso folgt die Nachtat dem Vordelikt in zeitlichem Abstand nach. Und wenn es oben beim fortgesetzten Delikt die äußeren Umstände, die gleiche

1) Vergl. Honig, Studien, S. 137.

2) Vergl. Honig, Studien, S. 137 im Anschluß an M. E. Mayer, S. 168; Siehe auch Frank, Kom., § 74 V 1d.

3) Sauer, Grundl., § 18 IV 1, S. 494 ff, sieht das einigende Band in der subjektiven Einwertigkeit. Die Rechtsordnung faßt die „schuldhaften Einzelentschlüsse zu einer fortlaufenden psychischen Linie zusammen, die für sie dieselbe rechtliche Bedeutung hat, wie ein einzelner schuldhafter Willensentschluß". (S. 495) Die äußeren Umstände sind Sauer insofern bedeutsam, als sie im allgemeinen einen Schluß auf die von ihm sogenannte psychische Linie, die subjektive Einwertigkeit, zulassen. Vergl. zu Sauer v. Bar, Gesetz und Schuld, III S. 581 ff, insbesondere S. 586.

4) „Konkurrenz" in Vergl. Darst. Allgem. Teil Bd. V S. 302 bei Anm. 3. Vergl. v. Alberti, GS. 76, S. 287.

Gelegenheit, waren, die die Handlungen des Täters in milderem Lichte erscheinen ließen, so trifft ein ähnlicher Milderungsgrund auch für den zu, der nach Begehung eines Delikts, das ihm nur als Mittel oder Durchgangsstadium zur Erreichung seines endgiltigen Zweckes erscheint, weiterhandelt. Hat jemand eine fremde, bewegliche Sache weggenommen, in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen, so lassen die Umstände, die günstige Gelegenheit — der Täter hat die Sache ja schon in seinen Händen — die Zueignung, also die nachfolgende Unterschlagung[1]), doch gewißlich mildernd erscheinen. Und ebenso liegt es doch, wenn jemand die Münzen schon gefälscht hat und nun von ihnen Gebrauch macht oder wenn jemand die Nahrungsmittel gefälscht hat und betrügt jetzt einen Käufer usw. Und wenn man mit Sauer[2]) den subjektiven Zusammenhang der verschiedenen Handlungen, die psychische Einheit, als für das fortgesetzte Delikt charakteristisch ansieht, so kann man mit demselben Recht — ja sogar mit noch größerer Berechtigung — von einem solchen Zusammenhang der Nachtat mit der Vortat reden. Das zeigt sich ganz besonders daran, daß in den weitaus meisten Fällen der Täter von vornherein den Erfolg und damit die zweite Tatbestandsverwirklichung im Auge hat. Und wo der Fall nicht ganz so deutlich liegt, wird man immer sagen können, daß eine enge subjektive Beziehung zwischen Nachtat und Vortat im Sinne der von Sauer für den Begriff des im Fortsetzungszusammenhange begangenen Delikts geprägten psychischen Linie besteht.

Trotz dieser Vergleichspunkte ist die Vortat mit der sich ihr anschließenden Nachtat unter den Begriff des fortgesetzten Delikts, wie dieser Begriff von Wissenschaft und Praxis ausgebildet ist, nicht zu bringen: Beim fortgesetzten Delikt ein Zustreben sämtlicher Handlungen auf eine einzige Tatbestandsverwirklichung, daher liegt immer Gleichartigkeit der einzelnen Teilhandlungen in dem Sinne vor, als sie aus dem nur einmal zu verwirklichenden Tatbestand nicht herausfallen dürfen.

Die Nachtat im hier erörterten Sinne verwirklicht jedoch stets einen anderen strafgesetzlichen Tatbestand: Der Unterschlagung folgt eine Sachbeschädigung, dem Diebstahl eine Unterschlagung oder ein Betrug, dem Falschmünzen in der Absicht des Gebrauchmachens von der Fälschung das Delikt des Inverkehrbringens selbst. Daher kann man hier sagen, sämtliche Handlungen streben wohl auf die Herbeiführung eines Erfolges hin, auf dem Wege dahin werden aber verschiedene strafgesetzliche Tatbestände verwirklicht. Die Einzelakte, die nachher zum fortgesetzten Verbrechen zusammen geschlossen werden, sind also Linien vergleichbar, die alle einem Punkte zustreben. Die Nachtat geht aber über diesen Punkt hinaus. Trotz alledem soll nicht verkannt werden, daß mit der Vortat im Keime bereits die Grundlage für die Begehung der Nachtat gegeben ist.

Schließlich stellt sich beim fortgesetzten Delikt k e i n e r der einzelnen Teilakte als selbständig heraus; denn alle zusammen verwirklichen e i n e n Verbrechenstatbestand nur einmal. Wenn sich aber jemand eine fremde bewegliche Sache, die er im Besitze oder im Gewahrsam hat, rechtswidrig zueignet, so ist dies hinsichtlich des Verhältnisses zur unterschlagenen Sache eine so abgeschlossene und selbständige Handlung, daß sich eine Fortsetzung derselben etwa durch eine nachfolgende Sachbeschädigung garnicht vorstellen läßt[3]). Nach alledem muß es also abgelehnt werden,

[1]) Sieht man in der Wegnahme bereits die Zueignung, so ist eine dem Diebstahl folgende Unterschlagung unmöglich; vergl. die Ausführungen unter § 4 B.

[2]) Sauer, Grundlagen, § 18 IV 1, S. 494 ff.

[3]) Vergl. auch in diesem Sinne v. Alberti GS. 76, 284 f. insbesondere S. 289. V. Alberti ist übrigens der einzige Schriftsteller, der die Nachtat im Verhältnis zur Vortat unter dem Gesichtspunkt des fortgesetzten Delikts eingehend erörtert.

die Nachtat im Verhältnis zur Vortat als fortgesetztes Verbrechen in dem Sinn, wie dieser Begriff heute gebraucht wird, anzusehen.

B

Nach Ablehnung des Begriffes der fortgesetzten Handlung sei in Kürze noch an eine andere Möglichkeit erinnert, die hier fraglichen Fälle als nur unter einen gesetzlichen Tatbestand fallend anzusehen.

Beling[1]) führt folgendes aus: „Handelt es sich um die Anwendung eines Tatbestandes auf eine Handlung oder einen Handlungskomplex, der als sogenannte Einheit zu behandeln ist, so ist es ohne Bedeutung, ob ein Tatbestandselement nur durch ein konkretes, ihm zu subsumierendes Moment repräsentiert wird, oder durch eine ihm unterfallende Häufung von konkreten Momenten. Die Zahl, in der gleichwertige individuelle Momente auftreten, ist bedeutungslos, ihre Verdoppelung, Verdreifachung verdoppelt oder verdreifacht nicht auch die Tatbestandsverwirklichung als Ganzes; die Tat bleibt ein Verbrechen, nur daß sozusagen eines der Tatbestandselemente etwas verdickt erscheint."

Nun soll die Richtigkeit dieses, auf die von Beling selbst angeführten Beispiele angewandt, nicht bestritten werden. Daß aber die Nachtat in den hier in Frage kommenden Fällen sich als Verdickung eines Tatbestandselements der Vortat darstelle, muß hier füglich bestritten werden. Gewiß gehört z. B. zum Diebstahlstatbestand die Absicht rechtswidriger Zueignung. Ist diese bei der Wegnahme der fremden beweglichen Sache aber einmal vorhanden, so ist der Tatbestand des § 242 StGB. verwirklicht; das Tatbestandselement läßt sich nicht noch verdicken; noch viel weniger passen die Ausführungen Belings auf die einer Unterschlagung nachfolgende Sachbeschädigung an der unterschlagenen Sache[2]). Von einer Verdickung eines Tatbestandselements kann man also bei dem hier fraglichen Gebiete auch nicht reden[2]).

§ 4

Im Vorhergehenden war versucht worden, Vor- und Nachtat unter den Begriff des fortgesetzten Delikts zu bringen oder die Nachtat als Verdickung des Tatbestandes im Sinne Belings aufzufassen. Hierbei, insbesondere bei der Behandlung des fortgesetzten Delikts, waren schon einige Besonderheiten und Eigentümlichkeiten des hier behandelten Begriffes zu Tage getreten.

Im folgenden sollen nun einzelne Erfordernisse der straflosen Nachtat untersucht werden, nämlich ob Vor- und Nachtat von einem Vorsatz umfaßt sein müssen und ob die Einheit des durch Vor- und Nachtat verletzten Rechtsgutes erforderlich ist.

A

Ist Vorsatzeinheit[3]) erforderlich? — Schon eine flüchtige Betrachtung der hierher gehörenden Fälle ergibt, daß eine einheitliche Beantwortung

[1]) L. v. V. § 32 S. 323.
[2]) Vergl. auch im ablehnenden Sinne v. Alberti GS 76 S. 290 f.
[3]) Daß man Vorsatz im technischen Sinne hier nicht gebrauchen kann, wurde schon oben gesagt. (S. 14).

angesichts der Verschiedenheit der hierher gehörenden Fälle nicht stattfinden kann.

Es entstehen allerdings in den Fällen, wo die Vortat das Vorhandensein einer auf einen bestimmten Erfolg gerichteten Absicht fordert, darum keinerlei Bedenken, als hier die Einheitlichkeit des Vor- und Nachtat umfassenden Vorsatzes immer vorhanden ist. Ja, fehlt diese Absicht, so kann nicht einmal das „Vordelikt" bestraft werden. Und die sogenannten Absichtsdelikte stellen das größte Kontingent an Vortaten im hier behandelten Sinne.

So muß der Münzfälscher von vornherein auch beabsichtigt haben, die Münzen in Gebrauch zu nehmen; wer eine versicherte Sache in Brand setzt, muß dies getan haben, um die Versicherungsanstalt zu betrügen; wer sich eines Menschen durch List usw. (§ 234 StGB.) bemächtigt, muß von Anfang an beabsichtigt haben, diesen später in hilfloser Lage auszusetzen. Nur dann kann die Vortat bestraft werden und nur dann erscheint der Nachakt als Nachtat im hier behandelten Sinne. In allen diesen Fällen stellt sich vom Standpunkt des Täters die Vortat als reine Vorbereitungshandlung dar. Der Täter erstrebt von Anfang an einen bestimmten weitergehenden strafbaren Erfolg: Er beabsichtigt Gebrauch zu machen von den Münzen, er beabsichtigt die Versicherungsanstalt zu betrügen, er beabsichtigt den Menschen auszusetzen.

Unter den Absichtsdelikten nehmen nun die Bereicherungsdelikte, bei denen der Täter, die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, und den Vorsatz, ein fremdes Vermögen zu beschädigen, hat — wie z. B. Betrug und Erpressung — nach der Auffassung des Reichsgerichtes offenbar eine besondere Stellung ein. Die Bedenken resultieren letzten Endes daher, daß die betreffenden gesetzlichen Tatbestände ein fremdes Vermögen als Rechtsgut schützen wollen; das Vermögen aber ist ein Inbegriff verschiedener Güter. Damit soll nun nicht etwa gesagt sein, daß das Reichsgericht sich an der Verschiedenartigkeit der verletzten Rechtsgüter stieße und aus diesem Grunde zur Annahme einer Realkonkurrenz zwischen Betrug als Vortat und Unterschlagung als Nachtat käme in den Fällen, bei denen durch das Vordelikt nur Besitz, durch die Nachtat aber das Eigentum angegriffen wurde. Das Reichsgericht erkennt vielmehr an, daß allerdings durch beide Delikte nur ein Rechtsgut, nämlich das Vermögen verletzt wurde; es macht aber einen Unterschied zwischen den Fällen, in denen die Absicht des Täters von Anfang an die der Zueignung war und solchen, bei denen wie beim Betrug diese Absicht nur auf Erlangung des Besitzes oder Gewahrsams ging und später erst der Entschluß, die Sache sich zuzueignen gefaßt und ausgeführt wurde. RG. 15, 427 führt aus: „Setzt man den Fall, der Angeklagte habe bei dem Betruge ausschließlich die Absicht gehabt, den Gewahrsam der Wertpapiere zu erlangen (beispielsweise, um dieselben Dritten vorzuzeigen, oder um sich ein Zurückbehaltungsrecht zu verschaffen), und erst später den Entschluß gefaßt und ausgeführt, über die Papiere, als wären sie sein eigen, zu verfügen, so würde allerdings die Unterschlagung sich als eine von dem Betruge völlig getrennte Handlung darstellen und die Annahme einer Realkonkurrenz nicht zu beanstanden sein . . . . ".

Zweifellos sind also folgende Fälle: Die Frage einer Realkonkurrenz zwischen Betrug und Unterschlagung kann da garnicht auftauchen, wo der Täter infolge des Betruges Eigentum an einer Sache erlangt hat; denn zur Annahme einer Unterschlagung fehlt der Sache ja dann die zum Tatbestande des § 246 StGB. erforderliche Eigenschaft als fremder.

Des weiteren ist die Möglichkeit einer Konkurrenz dann ausgeschlossen, wenn der Täter durch den Betrug zwar kein Eigentum, sondern nur Besitz erlangte, er aber von vornherein in Zueignungsabsicht handelte, z. B. A. läßt sich von B. eine Sache leihen, hat aber die Absicht, sie sich zuzueignen. Folgt die Zueignung, so ist sie straflose Nachtat. Der strittige Fall aber ist der: A. leiht von B. eine Sache in der Absicht, ein Zurückbehaltungsrecht zu erwerben, und faßt später den Zueignungs-

entschluß, den er dann auch ausführt[1][2]). Aber auch in diesem Falle ist eine Realkonkurrenz zwischen Betrug und Unterschlagung abzulehnen; denn das Gesetz fordert ganz allgemein die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Es ist nicht zu verlangen, daß der Betrüger eine die Art und Weise der Bereicherung im einzelnen von Anfang an umfassende Willensrichtung gehabt hat. Die Bestrafung wegen Betruges muß also alle in Bereicherungsabsicht vollzogenen Handlungen ebenso decken wie beim Diebstahl die Bestrafung wegen dieses alle in Zueignungsabsicht geschehenen deckt[3]).

Eignet sich also der Betrüger die Sache nachträglich an, so erscheint er zwar strafwürdiger als der, der nur Besitz erlangen wollte; die höhere Strafe kann aber nur im Rahmen des § 263 StGB. liegen.

Zweifelhaft wird das Erfordernis der Einheitlichkeit des Vorsatzes auch, soweit es sich um Nichtabsichtsdelikte als Vortaten handelt und bei den Zueignungsdelikten. Das Reichsgericht[4]) führt anläßlich der Frage, ob Realkonkurrenz zwischen den Delikten der §§ 271 u. 273 StGB. möglich ist, aus, daß das Gebrauchmachen von der falschen Beurkundung, wenn es auch nicht zum Tatbestande des § 271 gehört, regelmäßig nur eine Fortsetzung der strafbaren Betätigung sei, die von vornherein ein späteres Gebrauchmachen in sich schließe. Nach der vorsätzlichen Bewirkung der Falschbeurkundung erscheine das Gebrauchmachen nur als straflose Nachtat. Aber es sei trotzdem nicht ausgeschlossen, daß ein späterer Gebrauch, der nicht von Anfang an ins Auge gefaßt war, auf einem selbständigen Entschluß des Täters beruhe und dann nach den besonderen Umständen des Falles als selbständige Straftat nach § 273 aufgefaßt werden könne.

Stellt man sich nun auf den Standpunkt, daß der Gesetzgeber das Gebrauchmachen von der Strafdrohung des § 271 umfaßt sehen will, ohne daß er im subjektiven Tatbestand des § 271 eine dahingehende Absicht fordert[5]), so kann es darauf, ob Vorsatzeinheit vorliegt oder nicht, nicht ankommen. Es wurde beim fortgesetzten Delikt ausgeführt, daß die Böswilligkeit eines Verbrechers, der sich von Anfang an vornimmt, mehrere denselben Grundtatbestand erfüllende Handlungen zu begehen, es wahrhaftig nicht verdient, milder bestaft zu werden, als derjenige, der einen derartig umfassenden Vorsatz nicht hatte. Auf unseren Fall angewandt würde diese Erwägung lauten: Derjenige, der von Anfang an eine geringere Schuld hat, insofern sich sein Vorsatz nur auf die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes richtete, dessen Schuldmaß also viel geringer ist gemessen an dem, der von vornherein eine weitergehende Absicht hatte, kann unmöglich strenger bestraft werden, als der, welcher von Anfang an mit seiner Handlung einen schlimmeren Erfolg bezweckte.

---

1) Vergl. RG. 15, 427.

2) In vielen Fällen wird, wenn nur Besitzerlangung erstrebt ist, als „Vortat“ ein Betrug garnicht in Frage kommen, weil entweder die Bereicherungsabsicht fehlt oder keine unbewußte Vermögensverfügung des Getäuschten da ist. Vergl. das Beispiel Franks: „Es läßt jemand ein Buch, das er für sich selbst lesen will, sich vom Autor leihen unter der Vorspiegelung, es öffentlich vorlesen zu wollen; dann entschließt er sich zum Verkauf“. Veranlaßt der Betrüger zur Besitzübertragung, so liegt Betrug nur dann vor, wenn die Absicht der Rückgabe zwar vorgespiegelt wird, tatsächlich aber nicht vorhanden ist. Vergl. hierüber Merkel Lehrbuch S. 329; Frank Kom. § 263 VI 1b; Binding, Lehrb. I, 352; Eckstein GS. 78, 138, vergl. RG. 36, 342; 42,58 ff.

3) So Frank, Kom. § 263 VI 1b, wohl auch Sauer GA. 63, 284 ff.

4) RG. 58, 34.

5) Nach Frank, Kom., § 273, treten die §§ 273 u. 271 in dasselbe Verhältnis wie die §§ 270 u. 267. Vergl. auch Binding, Lehrbuch, 2, 292 f; Olsh. § 273; Vergl. auch die Ausführungen in § 5.

Und was nun endlich die einem Diebstahl, einer Unterschlagung usw. — also allen Delikten, wo es sich um Zueignung handelt — folgenden Verfügungen des Täters angeht, die auf Verwertung und Gebrauch der Sache unter Ausschluß des Berechtigten abzielen, so kann hier eine diese Nachtat im einzelnen von Anfang an umfassende Willensrichtung erst recht nicht verlangt werden.

Wenn der Dieb nachträglich den Entschluß faßt, die gestohlene Sache zu zerstören und diesen Entschluß auch verwirklicht, so treten trotz Selbständigkeit des der Sachbeschädigung zugrunde liegenden Vorsatzes die §§ 242 und 303 nicht in Realkonkurrenz[1]). Hätte z. B. der „Dieb" von vornherein bei der Wegnahme die Absicht, die Sache zu zerstören, oder würde derjenige, der eine fremde Sache in Besitz oder Gewahrsam hat, ohne eine Zueignungshandlung die Sache zerstören, so könnte eine Bestrafung aus dem Gesichtspunkte des Diebstahls oder der Unterschlagung in den meisten Fällen überhaupt nicht erfolgen; denn Zerstörung ist nur dann Zueignung, wenn der wirtschaftliche Wert der Sache von Hause aus darin besteht, daß sie zerstört wird[2]). In der Regel ist also Zerstörung keine Zueignung[3]).

Insoweit ist dem Reichsgericht also zuzustimmen, wenn es (RG. 35, 64) ausführt, daß die beim Diebstahl „beabsichtigte Aneignung das gesamte auch nachfolgende Verhalten umfaßt, durch welches der Täter zum Ausdruck bringt, daß er über die Sache, als wenn sie ihm gehöre, mit Ausschluß des Eigentümers die Herrschaft ausüben will. Daß der Zweck, zu welchem und die Handlungen, durch welche der Täter von dieser Herrschaft Gebrauch macht, schon bei der Wegnahme in der Vorstellung desselben konkretisiert sind, ist so wenig erforderlich, daß auch da, wo diese Konkretisierung sich erst nach Begehung des Diebstahls und unter dem Einflusse neuer Beweggründe vollzieht, nur eine Fortsetzung der bei der Tat beabsichtigten Zueignung (!) anzunehmen ist"[4]).

Zusammenfassend wäre also über das Erfordernis der Vorsatzeinheit zu sagen: Bei den meisten sich an Absichtsdelikte anschließenden Nachtaten ist die Vorsatzeinheit selbstverständlich. Bei Nichtabsichtsdelikten ist sie nicht erforderlich, und bei den Vortaten, zu denen eine rechtswidrige Zueignung gehört, darf unter Umständen der Vorsatz Vor- und Nachtat nicht umschließen.

B

Nachdem im Vorhergehenden ausgeführt worden ist, daß auch die Vorsatzeinheit mit der Vortat nicht als charakteristisches Erfordernis der straflosen Nachtat anzusehen ist, soll in folgendem untersucht werden, ob die Einheit des durch Vor- und Nachtat verletzten Rechtsguts als solches Charakteristikum angesprochen werden kann.

Stellt man diese Frage, so muß man aber zuvor klarlegen, mit welchem Recht überhaupt von Rechtsgütern gesprochen werden kann und was man unter dem Begriffe versteht.

Was ist Schutzobjekt des Rechtes? — Dem individualistischen Zug des Naturrechts entsprach es, das Verbrechen als Verletzung eines

[1]) Ob die Sachbeschädigung überhaupt Nachtat sein kann, wird im nächsten Abschnitt ausgeführt werden.

[2]) Vergl. z. B. Frank Kom. § 242 VII 2 a α; u. a. m.

[3]) Den wirtschaftl. Wert der Kohlen erwirbt der Dieb derselben erst durch ihre Zerstörung. Hat der Dieb also hier von vornherein die Absicht, die Sache zu zerstören, so läge trotzdem Diebstahl vor. Stiehlt aber jemand einen Tisch, etwa nur, um ihn in Stücke zu schlagen (nicht, um damit etwa seinen Ofen zu heizen), so liegt Diebstahl nicht vor. Vergl. zur Sache Frank Kom. § 242 VII 2 a α.

[4]) In ähnl. Sinne erfolgt die Entscheidung RG 10, 488 Feriens.

subjektiven Rechts aufzufassen[1]). Schon Birnbaum[2]) sah ein, daß es eine unzulässige Ausdehnung dieses Begriffes bedeuten würde, wollte man z. B. das Leben, die Freiheit, das Eigentum usw. als subjektive Rechte bezeichnen. Auf Vorschlag Birnbaums ließ man daher den Begriff des subjektiven Rechts als Schutzobjekt des Rechtes fallen und ersetzte ihn durch den des Gutes. Heute ist es nun als herrschende wenn auch nicht unbestrittene Meinung anzusehen, daß Schutzobjekte des Strafrechts Rechtsgüter sind[3]).

Mit der Aufstellung dieses Begriffes ist aber nicht viel gewonnen, wenn nicht feststeht, was man sich darunter vorstellen soll. Eine Meinung versteht unter Rechtsgut einen Zustand[4]); Rechtsgut sei der gegenwärtige[5]) oder aber ein angestrebter[6]) Zustand. Und in der Tat läßt sich nichts Vorhandenes oder Künftiges finden[7]), das sich nicht zwanglos unter diesen „farblosen"[8]) Begriff bringen ließe. Eine andere viel vertretene Auffassung definiert Rechtsgut als rechtlich geschütztes Interesse[9]). Schließlich wird der Begriff des Rechtsgutes von einer dritten Meinung wieder verworfen[10]) und gesagt: Es sei unrichtig, die Begriffe Rechtsgut und Interesse zu identifizieren. Außerdem sei es unrichtig, hinter jeder Strafdrohung nach einem Rechtsgut zu suchen[11]). Geschützt werden sollen Interessen, sei es des Staates, sei es des Einzelnen. Nun ist es gewiß richtig, daß die Begriffe Rechtsgut und Interesse keineswegs identisch sind. Um mit von List[12]) zu reden: Interesse läßt sich als „der Wert, den der Eintritt oder Nichteintritt einer bestimmten Veränderung für den betreffenden hat" bezeichnen. Gut, im Gegensatz dazu als „dasjenige, wofür jene Veränderung von Wert ist". Interesse bedeutet eine menschliche Anteilnahme an etwas[13]) und man kann allerdings an einem Gut Interesse haben.

Bedenkt man nun, daß alles Recht der Menschen wegen da ist und daß „Objekt jedes Rechtsschutzes und mithin jeden Verbrechens der Mensch als empfindendes Wesen[14]") ist, so muß man sagen, daß ein Unrecht

1) Vergl. hierzu Hanke S. 4 f., Feuerbach Lehrb.
2) Vergl. Birnbaum, Archiv des Kriminalrechts 1834 S. 149 ff.
3) Vergleiche z. B. von Liszt § 2; von Hippel, Dt. Strafrecht I. § 3, Merkel Lehrb. S. 20/21, Binding, Hälschner u. a. m.
4) Vergl. Hanke S. 11 f.; Honig, die Einwilligung S. 77, ff, vergl. Schütze, Teiln. S. 64 f.
5) Hirschberg S. 43 f.
6) Oetker S. 508 f.
7) Vergl. von Hippel Dt. Strafrecht § 3 S. 13 Nr. 5, Hanke S. 18.
8) Vergl. von Hippel Dt. Strafrecht § 3 S. 13 Nr. 5.
9) So insbesondere von Liszt Lehrb. § 2 derselbe ZStW. 8, 141 f.
10) So insbesondere Frank, Kom. Einl. Best. S. 7 ff: Verbrechen im materiellen Sinne ist „die mit Strafe bedrohte Verletzung unmittelbar staatlicher oder vom Staat geschützter Interessen".
11) Vergl. Frank Kom. Einl. Best. S. 8: Denkt man sich bei den §§ 173, 175, 180, 181a StGB. z. B. die Strafdrohung weg, „so bleibt kein „Gut" übrig und kommt ein solches durch die Strafdrohung zum Entstehen, so kann man zwar sagen, daß der Gesetzgeber ein Rechtsgut schaffe, aber nicht daß er es schütze." Gegen diese Folgerung wendet Hanke S. 20 richtig ein: Allerdings schafft der Gesetzgeber hier ein Gut, aber eben dadurch, daß er es schützt. Aus dem Nichts kann der Gesetzgeber kein Rechtsgut schaffen.
12) Vergl. ZStW. 8 S. 141, über den Unterschied vergleiche ferner Frank, Kom. Einl. Best. IV S. 8, Hanke S. 10 und 13; von Hippel Dt. Strafrecht § 3 III S. 12.
13) Vergl. Mezger, GS. 89 S. 248: „Interesse bedeutet die Anteilnahme des Willens an etwas."
14) Keßler, GS. 39 (1887) S. 94 ff, insbesondere S. 110 ff. Vergl. Mezger, GS. 89 S. 249.

menschliche Interessen, Lebensinteressen verletzt. Ein solches menschliches Interesse, eine Anteilnahme des Willens besteht an den „allgemeinen Existenzbedingungen des menschlichen Geschlechts[1]) und alledem, was die Kulturentwicklung den Einzelnen oder einer Gesamtheit wertvoll erscheinen läßt.

Sonach ist es also, genau genommen, unrichtig, Rechtsgüter als durch das Verbrechen verletzt anzusehen. Wenn im folgenden trotzdem von Rechtsgütern gesprochen wird, so sind darunter diese rechtlich geschützten Interessen zu verstehen. Die terminologische Ungenauigkeit soll der Vorzüge des Ausdrucks Rechtsgut wegen, der zugleich dem im Rechtsgut enthaltenen Wertbegriff Ausdruck gibt, in Kauf genommen werden[2]).

Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage, ob Vor- und Nachtat nur ein Rechtsgut verletzen dürfen, lassen sich aus dem Begriff des fortgesetzten Delikts nicht herleiten, denn es wurde schon darauf hingewiesen. daß sich Vor- und Nachtat nicht unter den Begriff des fortgesetzten Delikts in dem Sinne, wie dieser Begriff heute gebräuchlich ist, bringen lassen: Bei beiden zwar eine Mehrheit von Handlungen, aber beim im Fortsetzungszusammenhange begangenen Delikt, Verwirklichung nur e i n e s gesetzlichen Tatbestands, bei der Nachtat Verwirklichung eines von der Vortat verschiedenen gesetzlichen Tatbestands. Daher konnte beim fortgesetzten Delikt die Frage gar nicht auftauchen, ob verschiedenartigeRechtsgüter durch die Einzelakte verletzt werden können. Hier entstehen vielmehr nur in der Beziehung Zweifel, ob begriffliche, abstrakte, oder konkrete Einheit zu fordern sei, eine Frage, die nicht einheitlich beantwortet werden kann. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob es sich im konkreten Fall um ein höchst persönliches, d. h. von der Person untrennbares Gut oder nicht handelt[3].)

Da, wie gesagt, die Nachtat einen anderen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, so könnte daher die Frage nach der Einheit des verletzten Rechtsguts garnicht gestellt werden, wenn es nicht die Eigenart der gesetzlichen Tatbestände mit sich brächte, daß dasselbe Rechtsgut wie z. B. etwa das Vermögen durch ganz verschiedene Verbrechen verletzt werden kann z. B. durch Diebstahl, Unterschlagung, Betrug.

Daß die Nachtat aber gegen ein anderes Rechtsgut als die Vortat nicht verstoßen darf, folgt aus dem Wesen der hier behandelten Nachtat selbst[4].) Nach der Auffassung des Gesetzgebers ist die Vortat in unserem Sinne der erste Schritt zur Realisierung der Absicht der Gesamthandlung. Dadurch, daß der Gesetzgeber in den subjektiven Tatbestand der Vortat die auf den Erfolg gerichtete Absicht mit aufnimmt, erhält dieses Delikt hinsichtlich des durch es verletzten Rechtsguts die Richtung auf den Erfolg, den die Nachtat in unserem Sinne erst verwirklicht. Von strafloser Nachtat kann man daher in allen den Fällen garnicht reden, wo die Vortat ganz zufällig das Mittel liefert, um die nachfolgende Handlung

[1]) Vergl. von Hippel Dt. Strafrecht § 3 I S. 10.

[2]) Vergl. von Hippel Dt. Strafrecht § 3 III S. 13, von Liszt ZStW. 8, 141; Hanke S. 18: „Zum Rechtsgut gehört notwendig auch der Wertbegriff; ein wertloses Rechtsgut ist undenkbar".

[3]) So die h. M. RG., Binding, Handb. S. 532 ff; von Liszt § 79, Berner, Lehrb. S. 306 f; auch Frank Kom. § 74 V I d ß; Olshausen § 73 Anm. 7a, § 242 Anm. 38. — a. A. u. a. v. Bülow GS. 59 S. 188 f mit ausführlicher Begründung, Höpfner, Einheit und Mehrheit I 235 f. Vergl. Sauer, Grundl. § 18 IV 1 (S. 493 ff.)

[4]) So auch von Alberti im GS. 76 S. 281; Vergl. auch Beling L. v. V. S. 498 ff; Leipz. Kom. § 263,10; Frank Kom. § 73 VII 2 c γ. RG. 49, 405 f meint, von strafloser Nachtat könne man nur reden, wenn der durch die zweite Straftat angerichtete Schaden mit den durch das Aneignungsdelikt herbeigeführtem zusammenfällt. Hierüber weiter unten.

zu vollführen[1]). Darum ist Realkonkurrenz zwischen Diebstahl und Mord z. B. in dem Falle anzunehmen, wenn jemand den Revolver stiehlt in der Absicht, einen Menschen zu töten. Hier fällt die Nachhandlung eben völlig aus „der Projektion" der ersten Tatbestandsverwirklichung[2]) hinaus und die umfassende Absicht allein ist nicht genügend, diese Handlungen zu einem Verbrechen zusammen zu fassen.

Für die Nachtat im hier erörterten Sinne ist es also geradezu charakteristisch, daß ihr ein eigenes Angriffsobjekt nicht eigentümlich ist.

In der Projektion der ersten Tatbestandsverwirklichung in dem eben mitgeteilten Sinne liegt das Gebrauchmachen von dem gefälschten Gelde, wenn der Täter dieses in der Absicht des Gebrauchmachens nachgemacht hat (§§ 146, 147 StGB.), der Betrug, wenn der Täter in betrügerischer Absicht eine gegen Feuersgefahr versicherte Sache in Brand setzt (§§ 263, 265 StGB.) und die Aussetzung eines Menschen in hilfloser Lage, wenn der Täter sich dieses Menschen zu diesem Zwecke durch List, Drohung oder Gewalt bemächtigt hatte (§§ 221, 234 StGB). Ueberall bringt hier die Nachtat den Erfolg, auf den die Vortat hinzielt; die Nachtat verletzt das Rechtsgut, das auch die Vortat angreift, auf das diese hinzielt. In diesem Sinne ist also immer Einheit des durch Vor- und Nachtat verletzten Rechtsguts zu fordern.

Schwieriger gestaltet sich aber die Beantwortung der Frage, wenn die Vortat ein sogenanntes Zueignungsdelikt ist[3]).

Es sei zunächst mitgeteilt, wie die Praxis, insbesondere das Reichsgericht, sich hierzu stellt. Die Entscheidung RG. 49, 407 führt aus, „daß der Dieb, der über die von ihm gestohlene Sache rechtswidrig verfügt, sich dadurch nicht notwendig einer erneuten strafbaren Handlung schuldig macht. Enthält die Verfügung nur einen weiteren Eingriff in das bereits durch den Diebstahl verletzte Eigentumsrecht des Bestohlenen, so wird sie regelmäßig als schon durch die Bestrafung wegen Diebstahls mit zur Sühne gebracht gelten müssen. Allein dieser Grundsatz kann nur dort zur Anwendung kommen, wo der durch die zweite Straftat angerichtete Schaden mit dem durch den Diebstahl verursachten zusammenfällt."

Soweit sich Lehrbücher und Kommentare mit dieser Frage beschäftigen, schließen sie sich dieser Einschränkung an[4])[5]). Der oben mitgeteilte Grundsatz wird an dieser Stelle zwar zum ersten Mal vom Reichsgericht mit dieser Deutlichkeit ausgesprochen, jedoch lassen schon frühere Entscheidungen erkennen, daß die zweite Straftat nur dann straflos sein soll, wenn der durch beide Straftaten angerichtete Schaden zusammenfällt.

Mit der Aufstellung des oben mitgeteilten Satzes ist aber nur wenig gedient, wenn immer wieder Zweifel entstehen, wann denn eigentlich der durch Vor- und Nachtat angerichtete Schaden zusammenfallen.

Es seien einige Entscheidungen des Reichsgerichts angeführt: Das Reichsgericht entscheidet im folgenden Falle, wo es sich um die Frage handelt, ob nach vollendetem Diebstahl eines Sparkassenbuchs durch die Erhebung der Einlage und eine dabei bewirkte Täuschung des Sparkassenbeamten noch ein mit dem Diebstahl rechtlich zusammentreffender Betrug begangen werden kann, folgendermaßen: Es wird zunächst ausgeführt, daß die Absicht des Täters von vornherein auf Zueignung des wirtschaftlichen Wertes gerichtet war[6]). „Der hiernach geplante und ausgeführte Diebstahl war mithin . . . . mit der

[1]) Beling, B. v. V., S. 499; vergl. RG. 11, 359.
[2]) Beling, B. v. V., S. 499.
[3]) Ueber die Frage, wo überall der Begriff der rechtswidrigen Zueignung auftritt, vergl. S. 27, 28.
[4]) Vergl. z. B. u. a. Frank, Kom. § 73 VII 2 c γ.
[5]) Vergl. Anm. 3.
[6]) RG. 39, 239 ff (243).

Wegnahme der Bücher aus dem Gewahrsam des T. vollendet, die von der Angeklagten erstrebte Beschädigung des Vermögens desselben war eingetreten, die Sparkassenbücher mit den ihnen eigentümlichen Werten waren seinem Vermögen bereits entzogen. Wenn die Angeklagte diese Werte in Verwirklichung jener ihrer Zueignungsabsicht zu ihrem Vorteil ausnutzte, indem sie das Geld . . . . abheben ließ, so kann darin kein neuer, sondern nur ein fortgesetzter, aber bereits durch die Bestrafung wegen Diebstahls zur Sühne gebrachter Eingriff in fremdes Eigentum erblickt werden. Die Absicht des Strafgesetzes geht jedenfalls nicht dahin, einen solchen Akt der Verwertung des gestohlenen Gutes als neues selbständiges Vergehen unter Strafe zu stellen."

Auf denselben Erwägungen beruht die Entscheidung RG. 48,290: Wer als Bevollmächtigter von seinem Auftraggeber einen Wechsel durch Betrug erlangt hat, macht sich dadurch, daß er zum Nachteil des Auftraggebers darüber absichtlich verfügt, nicht noch der Untreue schuldig.

In diesen beiden Entscheidungen geht das Reichsgericht also davon aus, daß es auf den hinter dem Sparkassenbuch bezw. dem Wechsel stehenden Wert, den wirtschaftlichen Wert, nicht auf den Substanzwert des Buches oder Wechsels ankommt und muß so zu dem Ergebnis kommen, daß der durch die zweite Straftat angerichtete Schaden mit den durch die Vortat verursachten zusammenfällt. Und es wird weiter unten ausgeführt werden, daß nur dies der richtige Gesichtspunkt sein kann.

Diesen richtigen Gesichtspunkt verliert das Reichsgericht aber bald aus dem Auge und vertritt schon in der Entscheidung RG. 49, 406 f gerade den entgegengesetzten Standpunkt. Es handelt sich um folgenden Tatbestand: Der Angeklagte hatte die an die Post zurückgegebenen, von ihm quittierten Postanweisungen in der Absicht wieder weggenommen, sie bei einer anderen Postanstalt sich noch einmal auszahlen zu lassen. — Das Reichsgericht weist in dieser Entscheidung nochmals ausdrücklich darauf hin, daß von einer straflosen Nachtat nur dann geredet werden könne, wenn der durch die zweite Straftat angerichtete Schaden mit dem durch den Diebstahl verursachten sich deckt. „Das mag zutreffen in dem Falle, wo der Dieb eines Sparkassenbuches nach Vollendung der Wegnahme sich die Bucheinlage durch betrügerische Täuschungen des Sparkassenbeamten zu verschaffen sucht, trifft aber nicht in gleichem Maße zu bei einer Sachgestaltung, wie sie hier vorliegt. Durch die Entziehung der quittierten Postanweisung hatte die Postverwaltung zunächst nur ein Beweismittel für die von ihr der Anweisung gemäß an den Empfänger bewirkte Zahlungsleistung verloren. Dieser Verlust war aber für sie keineswegs gleichbedeutend mit dem Verluste der den Gegenstand der Anweisung bildenden Geldsumme, da sie den Beweis ihrer Erfüllung . . . . unter Umständen auch auf andere Weise hätte erbringen können." So kommt denn das Reichsgericht zur Annahme eines mit dem Diebstahl der Postanweisung real konkurrierenden Betrugs.[1])

Weiterhin muß die Frage aufgeworfen werden, wie die Fälle zu beurteilen sind, bei denen der Rückgabeanspruch des durch die Vortat Geschädigten vereitelt oder erschwert wird, der Täter Sicherung des Besitzes erstrebt. Entsteht nicht hier ein weiterer Schaden bei dem etwa durch Diebstahl oder Unterschlagung schon geschädigten, erlangt der Dieb oder der Unterschlagende hier nicht einen neuen Vermögensvorteil?—[2]) Stellt man sich auf den Standpunkt, der durch Vor- und Nachtat angerichtete Schaden deckten sich nicht, so müßten also auch in diesen Fällen zwei realkonkurrierende Delikte angenommen werden.

Und wie steht es schließlich in den Fällen, wenn jemand einen Brief stiehlt oder unterschlägt und diesen nachher öffnet oder wenn eine gestohlene Beweisurkunde vernichtet wird? —

[1]) Die Entscheidung ist also nicht richtig. Betrug muß straflose Nachtat sein, ebenso wie in den vorher zitierten Entscheidungen.

[2]) Vergl. Sauer GA 63,293 Anm. 26; RG 2,53 ff; 10,76 ff. Eckstein GS 78, 157 ff.

RMG. 10,250 führt aus: „Unbefugtes Zurückbehalten und Eröffnen fremder Briefe ist nach § 246 StGB (§ 138 MStGB) nicht nach § 299 StGB strafbar, wenn die Absicht des Täters von vornherein auf rechtswidrige Zueignung der Briefe als solcher, nicht bloß auf Kenntnisnahme vom Inhalt derselben ging. Idealkonkurrenz mit § 299 ist in solchem Falle ausgeschlossen."[1])

Handlungseinheit kann allerdings in diesem Falle nicht vorliegen; das wurde schon oben ausgeführt. Aber sollte hier tatsächlich nur aus § 246 StGB gestraft werden sollen und das Eröffnen des Briefes straflose Nachtat sein? — In der Literatur wird diese Ansicht jedenfalls überwiegend vertreten.[2])

Und RG. 35,64: Kann der Dieb einer Urkunde sich durch deren Vernichtung einer zweiten Straftat (§ 274 StGB) schuldig machen? — Das wird abgelehnt mit der Begründung, „daß der Diebstahl nicht durch die Aneignung, sondern durch die Wegnahme in der Absicht der Aneignung vollendet wird, woraus folgt, daß die bei der Tat beabsichtigte Aneignung das gesamte auch nachfolgende Verhalten umfaßt, durch welches der Täter zum Ausdruck bringt, daß er über die Sache, als wenn sie ihm gehöre, mit Ausschluß des Eigentümers die Herrschaft ausüben will . . . . . ."[3]).

Bedenkt man, daß der Diebstahl herkömmlicherweise als Verstoß gegen die Gewahrsams- und Eigentumsordnung (Wegnahme, um sich rechtswidrig zuzueignen) bezeichnet wird, § 299 StGB aber das sogenannte Briefgeheimnis[4]) schützen soll und beim § 274 StGB das Interesse des Staates an der Erhaltung von Beweismitteln, so müssen einem füglich Bedenken auftauchen, ob diese Nachhandlungen als straflose Nachtaten in dem hier erörtertem Sinne aufzufassen sind.

Zur Erklärung aller dieser Fälle muß in kurzen Zügen auf das Wesen der Zueignungsdelikte, insbesondere auch auf den Begriff der rechtswidrigen Zueignung selbst eingegangen werden. Zuvor sei jedoch darauf hingewiesen, daß der Begriff der rechtswidrigen Zueignung nicht nur bei Diebstahl, Raub und Unterschlagung auftritt, sondern auch bei den Bereicherungsverbrechen wie Betrug und Erpressung (denn naturgemäß kann in der Erlangung einer Sache eine Bereicherung im Sinne dieser Vorschriften liegen[5]) und der Partiererei des § 259 StGB[6]).

Will man zur Klärung eines juristischen Begriffs kommen, so ist es durchaus verständlich, wenn man dabei von der rein sprachlichen Bedeutung des betreffenden Begriffs ausgeht[7]). Diese sprachliche Bedeutung deutet bei dem Worte Zueignung auf das Privatrecht hin. Und

[1]) Vergl. hierzu RMG 10,251: „Das Vorliegen idealen Zusammentreffens des § 299 StGB mit dem angewandten § 138 MStGB. hat das Oberkriegsgericht zutreffend mit der Begründung verneint, die Verurteilung wegen rechtswidriger Zueignung der Briefe schließe die besondere Verurteilung wegen Verletzung eines einzelnen Rechtes an den Briefen aus."

[2]) Vergl. die Kommentare zu § 299 StGB; Frank, Kom. § 73 VII 2 c γ.

[3]) Vergl. RG. 8, 79 (81) und dagegen Olshausen § 274 Nr. 6

[4]) Kenntnisnahme vom Inhalt des Briefes fordert § 299 nicht (Wortlaut!). Richtig sagt daher Leipz. Kom. § 299, I: Geschützt sei nur die Unversehrtheit von Gegenständen, die zu vertraulichen Mitteilungen verwandt zu werden pflegen. Zuzugeben sei, daß die verschlossenen Briefe u. a. verschlossenen Urkunden nur mit Rücksicht auf ihren Zweck bezw. Inhalt geschützt werden.

[5]) Vergl. Sauer GA 63, 293 Anm. 25.

[6]) Das „Ansichbringen" entspricht dem Sichzueignen. Vergl. Sauer GA 63, 293 Anm. 24.

[7]) Vergl. hierüber und über das folgende Sauer, Schließen sich S. 30 ff.

so ist es zu erklären, daß eine Auffassung den Zueignungsbegriff aus dem Privatrecht entnimmt und zu einer „formellen" Definition dieses Begriffes kommt. Wenn man auch zugeben muß, daß man vom Dieb nicht die Absicht fordern kann, im Rechtssinn Eigentümer der gestohlenen Sache zu werden[1]) — denn ein Eigentumserwerb kann nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts nicht eintreten — so definieren doch Anhänger der privatrechtlichen formellen Auffassung des Zueignungsbegriffs in Anlehnung an privatrechtliche Begriffe: Er sei Ausübung des Eigentumsinhalts[2]), oder eine Verfügung, die ausschließlich zur Zuständigkeit des Eigentümers gehöre[3]), oder Erwerb des Eigenbesitzes usw. Diese sich an das Privatrecht anschließenden Begriffsbestimmungen können aber nicht befriedigen.

Soweit diese Definitionen vom privatrechtlichen Begriff des Eigenbesitzes ausgehen, treffen sie darum schon nicht das Richtige, weil dann die Fälle ausgeschlossen wären, wo der Dieb z. B. die gestohlene Sache sofort verbraucht oder zerstört[4])[5]). Auch die Fälle der sofortigen Veräußerung wären dann auszuschließen, obwohl nach der herrschenden Meinung diese als Zueignung anzusehen ist[6]). Aber auch die Heranziehnng des Eigentumsbegriffs trifft nicht den Kern der Sache. Unmöglich ist es zunächst, die Strafbestimmung des Diebstahls als Schutz des Eigentums aufzufassen[7]); es ist selbst Schutz[8]). Die sich an den privatrechtlichen Eigentumsbegriff anlehnenden Definitionen berücksichtigen aber auch in viel zu hohem Maße die rein formelle Seite des Eigentumsbegriffs[9]) und entsprechen darum nicht der Anschauung des gewöhnlichen Lebens.

So kommt es dem Dieb z. B. doch garnicht darauf an, die Eigentumsordnung zu verletzen oder sich gerade die Eigentümerstellung anzumaßen usf. — nein, Zweck und Ziel der Wegnahme ist es, Nutzen und Vorteil aus der gestohlenen Sache zu ziehen, die Sache zu verwerten.

Und dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt ist es auch, von welchem aus dem Gesetzgeber die Zueignungsdelikte besonders strafwürdig erscheinen. Die Gewinnung des wirtschaftlichen Wertes unter Ausschluß des Berechtigten ist das strafwürdige Moment der Zueignungsdelikte[10]). Und diese Auffassung vom Diebstahl und von Begriff der rechtswidrigen Zueignung entspricht doch auch der Sprache des gewöhnlichen Lebens.

So tritt denn der formellen Auffassung des Begriffs der rechtswidrigen Zueignung eine wirtschaftliche entgegen, die das Gewicht auf den Zweck der Verwertung der Sache für den Täter legt. Nach ihr können denn auch nur Sachen, die irgendwie von Wert sind, Objekte der Zueignungsdelikte sein.[11]) Zu betonen ist aber, daß Wert nicht mit Geldwert zu identifizieren ist; vielmehr gehören auch Affektionswerte hierher.

[1]) Vergl. Frank Kom. § 242 VII 2 a.
[2]) Vergl. v. Liszt Lehrb. § 127 S. 447.
[3]) Vergl. Olshausen § 242 Anm. 28.
[4]) In der Regel ist allerdings Zerstörung nicht Zueignung, sie kann es aber sein. Vergl. die Ausführungen S. 22.
[5]) Vergl. Sauer, Schließen sich . . . . . . S. 30.
[6]) Vergl. Frank, Kom., § 242 VII 2 a ß und die dort angeführte Lit.
[7]) Vergl. Graf Gleispach S. 10; Sauer, Schließen sich . . . . S. 32
[8]) Graf Gleispach S. 10; Sauer, Schließen sich . . . . S. 32 Anm 2.
[9]) Graf Gleispach S. 10; Sauer, Schließen sich . . . . S. 31
[10]) Vergl. Sauer, GA 63, 285; andere Vertreter dieser wirtschaftlichen Auffassung mit gleicher oder ähnlicher Begründung unter anderen Frank Kom. § 242 VII 2, dort auch weitere Literatur; Sauer, Schließen sich . . . . S. 31 ff; Zimmer, der Zueignungsbegriff S. 74 f.: Harburger, Vergl. Darst. bes. Teil VI S. 211 ff.
[11]) Vergl. hierüber u. a. Sauer, GA 63, 286 ff. und Zimmer S. 74 ff., 80 ff. und Frank § 242 VII 2.

Wenn die wirtschaftliche Auffassung als das strafwürdige Moment der Zueignungsdelikte die Absicht des Täters, die Sache unter Ausschluß des Berechtigten für sich zu verwerten, ansieht, so ist zu beachten, daß damit eine Erklärung des Begriffs der rechtswidrigen Zueignung keineswegs gegeben ist. Insbesondere darf man nicht annehmen, daß Zueignung und Verwertung gleich zu setzen seien.

Allerdings verführt ja der Wortlaut des Diebstahlstatbestandes dazu, zu sagen: Zueignungsabsicht sei die Absicht, die Sache unter Ausschluß des Berechtigten für sich zu verwerten. Und Frank z. B. verteidigt auch diese Auffassung. Nun kann jedoch bei der Unterschlagung ein vollendetes Delikt auch schon vor der Verwertung der unterschlagenen Sache vorliegen.[1]) Die Begriffe Zueignung und Verwertung sind also nicht gleich zu setzen; denn warum sollte beim Diebstahl, wo das Gesetz denselben Begriff verwendet, dieser in einem anderen Sinne gebraucht sein?

In Verfolgung dieser Gedanken kommt Sauer zu dem Ergebnis, daß Motiv des Täters zwar die Verwertungsabsicht sei und daß der Gesetzgeber diese auch strafen will, daß die Zueignung aber zeitlich vorher liegt: „Zueignung ist immer die erste vom Täter zwecks Verwertung für sich über die Sache vorgenommene Verfügung."[2])

Die Begriffsbestimmung Sauers führt dazu, daß beim Diebstahl die Zueignung mit der Wegnahme zusammenfällt.[3]) Demnach wäre eine nochmalige Zueignung unmöglich. Somit könnte sich einem Diebstahl eine Unterschlagung, deren Wesen ja Zueignung einer fremden sich schon im Besitz des Täters befindlichen Sache ist, nicht anschließen. Bei der Unterschlagung, deren charakteristisches Merkmal gerade ist, daß die Sache nicht mehr weggenommen werden kann, liegt Zueignung erst in der Handlung des Täters, die den oben gekennzeichneten Schluß auf künftige Verwertung zuläßt.

Schließt man sich Sauers Auffassung an, so sind die Nachtaten nach den Vordelikten, zu deren Tatbestand der Begriff der rechtswidrigen Zueignung gehört, soweit die Nachtaten eine Verwertung enthalten, rechtlich genau so zu beurteilen, wie die Erreichung der Absicht bei den Absichtsdelikten. Hier wie dort tritt der gesetzliche Strafanspruch mit einem Erfolge ein, der als Mittel oder Grundlage zur Realisierung der Gesamtabsicht anzusehen ist. Die Verwertungshandlungen selbst können daher als neue selbständige Delikte nicht angesprochen werden.

Nun ist allerdings die Begriffsbestimmung der rechtswidrigen Zueignung von Sauer nicht die der herrschenden Meinung. Darin aber sind sich die Vertreter der wirtschaftlichen Auffassung vom Begriff der rechtswidrigen Zueignung einig, daß der Zweck der Verwertung, die Gewinnung des wirtschaftlichen Wertes unter Ausschluß des Berechtigten, bei den Zueignungsdelikten das strafwürdige Moment ausmachen. Mit der Anerkennung des wirtschaftlichen Zueignungsbegriffs ist somit den Verwertungshandlungen eine selbständige strafrechtliche Bedeutung abzusprechen.

Schon eingangs wurde darauf hingewiesen, daß bei den Nichtabsichtsdelikten, die als Vortaten in Frage kommen, in erster Linie die

[1]) Vergl. Leipz. Kom. § 246 Anm. 5: Für die Zueignung genüge die Erklärung, die Sache für sich zu behalten, Rechtsprechung 9, 291; Vergl. Sauer GA 63,289 ff.: Fremdes Geld ist nicht erst dann unterschlagen, wenn es ausgegeben ist, fremde Nahrungsmittel, wenn sie verzehrt sind.

[2]) GA 63,288 ff.

[3]) GA 63,289. Sauer trifft bei seiner Definition insbesondere nicht der Vorwurf, daß der Endzweck zu weitgehend berücksichtigt würde; denn ob Zueignung vorliegt, läßt sich nach ihm nur unter Berücksichtigung dieses Zweckes feststellen: GA 63, 285 Anm. 3.

Unterschlagung zu erwähnen ist. Sieht man das strafwürdige Moment der Zueignungsdelikte in der Verwertungsabsicht des Täters, so ist die Erklärung dafür gegeben. Wer unterschlägt, beabsichtigt, die Sache zu verwerten und zwar unter Ausschluß des Berechtigten. Und ebenso wie bei den Absichtsdelikten ist die Erreichung der Absicht rechtlich zu würdigen.

Oben wurde gesagt, daß dadurch, daß der Gesetzgeber in den subjektiven Tatbestand der Absichtsdelikte die auf einen endgiltigen Erfolg gerichtete Absicht mit aufnimmt, dieses Delikt hinsichtlich des durch es verletzten Rechtsguts die Richtung auf den Erfolg erhält, den die Nachtat, die Realisierung der Absicht, erst verwirklicht. Ebenso verhält es sich bei allen Delikten, zu denen der Begriff der rechtswidrigen Zueignung gehört. Auch diese Delikte haben von vornherein die Richtung auf die Gewinnung des wirtschaftlichen Wertes unter Ausschluß des Berechtigten. Soweit die Nachtat also nur die Verwirklichung dieses enthält, wird auch hier durch Vor- und Nachtat dasselbe Rechtsgut verletzt, auch die Vortat richtet sich gegen den wirtschaftlichen Wert.

Nach dem soeben Ausgeführten sind die oben genannten Zweifelsfälle zu entscheiden: Die Oeffnung des gestohlenen oder unterschlagenen Briefes, die Vernichtung der gestohlenen oder unterschlagenen Beweisurkunde können straflose Nachtaten nicht sein. Allerdings mag für den Dieb des gestohlenen Briefes die Verwertung darin liegen, daß er ihn öffnet und vom Inhalt Kenntnis nimmt. Es liegt darin aber nicht nur die Verwertung, sondern zugleich auch ein Geheimnisbruch. Diese Nachhandlung verletzt also noch ein anderes Rechtsgut als der Vorakt, nämlich das Recht auf Unversehrtheit von Gegenständen, die zu vertraulichen Mitteilungen verwandt zu werden pflegen. Und ebenso verhält es sich mit der Vernichtung der gestohlenen Beweisurkunde. Das durch § 274 StGB. geschützte Rechtsgut ist die Erhaltung von Beweismitteln.

Aber die Verwertung des gestohlenen Sparkassenbuchs (wie die aller Inhaber- und Legitimationspapiere- und Zeichen[1]) ist eine Nachtat im hier erörterten Sinne. Und eine Ableugnung des Besitzes, der Eintritt eines neuen Vermögensschadens durch Erschwerung des Rückgabeanspruchs[2]) sind auch durch die Bestrafung wegen des voraufgegangenen Zueignungsdelikts abgegolten. Wollte man in diesen letzten Fällen Realkonkurrenz mit Betrug annehmen, so könnte außerdem der Dieb an der entwendeten Sache dem Bestohlenen gegenüber unbeschränkt oft Betrug begehen.[3]) Das Bedenkliche dieser Ansicht erhellt auch, wenn man sich beide Handlungen zeitlich unmittelbar aufeinanderfolgend denkt: Der Dieb hat die gestohlene Sache so versteckt, daß es den Anschein erweckt, er hätte sie nicht.[4])

Binding[5]) weist darauf hin, daß die Zueignung ein positives und ein negatives Element enthält, nämlich Gewinnung des Wertes für den Täter und Ausschluß des Berechtigten davon. Wenn Zueignung dauernden Ausschluß des Eigentümers vom Werte enthält, so ist mit der Bestrafung des Zueignungsdelikts auch die Strafe für eine nachfolgende Sachbeschädigung abgegolten.

Sauer[6]) bestreitet das. Dem Einwurf, daß man dann auch die dem Diebstahl folgende Unterschlagung mit jenem real konkurrieren lassen müßte, (wenn man nicht die Zueignung schon mit der Wegnahme

[1]) Vergl. Frank Kom. § 242 VII 2 a γ.

[2]) Soweit man den Eintritt eines neuen Vermögensschadens bei dem schon durch das Vordelikt geschädigten überhaupt für möglich hält, Vergl. Eckstein im GS 78, 157 unten.

[3]) Vergl. Eckstein, GS 78, 158.

[4]) Eckstein, GS 78, 157 ff; vergl. RGSt 38, 202.

[5]) Binding, Lehrb., bes. Teil, Bd. I S. 264 ff.

[6]) Sauer, GA 63,293; derselbe in „Schließen sich Diebstahl . . ." S. 107 ff; derselbe, Grundl., § 18 I 1 b γ (S. 481) und § IV 3 (S. 497).

als vollendet ansieht. Vergl. Sauer und Leipz. Kom.) begegnet er damit, daß die nachfolgende Sachbeschädigung Ausfluß eines neuen strafwürdigen Entschlusses sei, was man bei der dem Diebstahl nachfolgenden Unterschlagung nicht sagen könne; und außerdem sei der Bestohlene jetzt der Möglichkeit beraubt, sein Eigentum in unverletztem Zustande zurückzuerhalten.

Dem gegenüber muß aber darauf hingewiesen werden, daß der Vorsatz bezw. die Absicht, sich etwas rechtswidrig zuzueignen, derartig umfassend ist, daß eine Bestrafung wegen der Sachbeschädigung nicht in Frage kommen kann. Die negative Seite der Zueignung besteht eben gerade im Ausschluß des Eigentümers und einzig Berechtigten vom wirtschaftlichen Werte.

Dies Ergebnis wird noch durch folgende Erwägung unterstützt. Vergleicht man[1]) die auf die Delikte Diebstahl- Unterschlagung- Sachbeschädigung gesetzten Strafbestimmungen, so wird die Sachbeschädigung am wenigstens streng bestraft (Geldstrafe, Gefängnis bis zu 2 Jahren). Bei der Unterschlagung tritt in Anbetracht dessen, daß eine Verwertung der unterschlagenen Sache erfolgen soll, schon eine strengere Bestrafung ein (bis zu 3 bezw, 5 Jahren Gefängnis). Der Dieb schließlich wird am schwersten bestraft. Die schwerer wiegende Unterschlagung sollte also vom vorangegangenen Diebstahl konsumiert werden, die vom Gesetzgeber für nicht in dem Maße strafwürdig empfundene Sachbeschädigung aber nicht? — Und wenn der Dieb später den Entschluß faßt, die Sache zu beschädigen, so müßte in Gemäßheit des § 74 StGB die Sachbeschädigung Strafschärfungsgrund sein. Bei der Unterschlagung aber wäre das abzulehnen? — Dem Argument von v. Alberti[2]), daß zwar der Entleiher, der eine vor 5 Jahren entliehene Sache beschädigt, wegen Sachbeschädigung bestraft wird, daß aber ein Dieb deswegen nicht mehr herangezogen werden dürfe, hält Zimmer mit Recht entgegen[3]), daß in der Strafjustiz wie überall mit Zufällen zu rechnen ist: „Die Tatsache, daß die Verjährung inzwischen eintritt, ist für die Strafverfolgung ebenso ein Zufall wie der Tod des Verbrechers."[4])

Zu Zweifeln gibt schließlich noch folgender Fall Anlaß. Der Dieb verkauft die gestohlene Sache an einen gutgläubigen Erwerber. Ist hier Realkonkurrenz zwischen Diebstahl und Betrug gegenüber dem Erwerber anzunehmen? — Einen gutgläubigen Eigentumserwerb kann der Käufer der gestohlenen Sache nicht machen, weil diese als abhanden gekommen im Sinne des § 935 BGB anzusehen ist; er muß sie vielmehr dem Bestohlenen herausgeben.

Bei der Unterschlagung kann die Frage nur in einem Falle auftauchen[5]): Betrug gegenüber dem Gutgläubigen oder leicht fahrlässigen Erwerber entfällt, weil dieser ja Eigentümer nach § 932 BGB wird (die Sache ist nicht abhanden gekommen), es sei denn, daß § 935 BGB, also Ausschluß des guten Glaubens, auch hier zutrifft: Die Sache ist also etwa durch Fundunterschlagung erlangt oder es ist zwar der Besitz dem unmittelbaren Besitzer wider dessen Willen entzogen worden, aber

[1]) Vergl. über das folgende Zimmer S. 143 ff. Frank Kom. § 242 X und § 73 VII 2 c γ.

[2]) GS 76 S. 269

[3]) Zimmer, der Zueignungsbegriff S. 144.

[4]) Sachbeschädigung als straflose Nachtat nach Zueignungsdelikten sehen an: Zimmer S. 143 ff.; Frank Kom. § 242 X: „Dabei wird aber eine Verfügung vorausgesetzt, die an sich durch das Eigentumsrecht legalisiert wird, die also der Dieb, wenn er Eigentümer wäre, als solchen hätte vornehmen dürfen." Ob dieser Satz uneingeschränkt richtig ist, bedarf noch der Nachprüfung, vergl. weiter unten.

[5]) Vergl. über das folgende Frank § 263 XI 3, Binding, Lehrb. I S. 352 Anm. 5. (S. 354)

ohne Aneignungsabsicht. Weiß der Erwerber, daß die Sache unterschlagen ist, so kommt Betug garnicht in Frage, weil der Erwerber nicht getäuscht, in ihm ein Irrtum nicht erregt wurde; gegenüber dem Eigentümer der Sache aber kommt eine Bestrafung wegen Betrugs darum nicht in Betracht, weil, wie oben ausgeführt, die Bestrafung wegen der Zueignungshandlung alle anderen Verfügungen des Diebes deckt. Nur in dem Falle, wenn der Erwerber der unterschlagenen Sache grob fahrlässig bezüglich des Eigentumsrechts des Veräußernden ist, kann von einem Betrug gegenüber dem Erwerber die Rede sein. Nur in diesem Falle tritt auch nach der Unterschlagung die Frage auf, ob der nachfolgende Betrug in Realkonkurrenz zur Unterschlagung tritt oder straflose Nachtat ist.

Zweifel entstehen nämlich darum, weil die Veräußerung ja im Grunde nichts anderes ist, als Gewinnung des wirtschaftlichen Wertes im oben erörterten Sinne, andererseits hier ein anderes Vermögen als das durch den Diebstahl geschädigte verletzt wird.

Konsequenterweise müßte Frank zur Konsumtion des Betruges kommen. Denn er zählt zu den straflosen Nachhandlungen alle die, die der Dieb, wenn er Eigentümer wäre, als solcher hätte vornehmen dürfen[1]). Wäre sie auch dem Eigentümer bei Strafe verboten, so träte Realkonkurrenz ein. Der Eigentümer kann seine Sache aber verkaufen, ohne sich strafbar zu machen.

Dem Ergebnis einer Straflosigkeit im erwähnten Falle schließt sich an Eckstein[2]) und zwar mit doppelter Begründung. Zunächst habe der Täter seinen Vorteil bereits durch die der Veräußerung vorangehende Tat erlangt. Es sei somit völlig ausgeschlossen, daß der Täter durch eine Weiterveräußerung einen neuen Vermögensvorteil erstrebe. Es fehle dann ein charakteristisches Merkmal des Betrugs: Die Bereicherungsabsicht; eine Realkonkurrenz zwischen dem Diebstahl und einem etwa nachfolgenden Betrug sei also darum ausgeschlossen, weil der Diebstahl den „Betrug" zu einem nicht „unrechtmäßigen mache."[2])

Schließlich führt Eckstein aus, es dürfe auch schon aus dem Grunde die Bestrafung nur wegen eines Delikts eintreten, weil durch beide Handlungen ja nur ein schädigender Erfolg eintrete; entweder der ursprüngliche Eigentümer sei der endgiltig Geschädigte oder aber der Erwerber, niemals aber beide. Zwei Handlungen, die aber nur auf einen Erfolg gerichtet sind, seien aber im Sinne des Strafrechts nur als eine Handlung aufzufassen[3]). Eine doppelte Bestrafung würde den Prinzipien unseres Strafrechts widersprechen. Was nun zunächst den von Eckstein behaupteten Mangel der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, angeht, so muß man bedenken, daß der die gestohlene Sache verkaufende Dieb doch den ihm etwa daraus entstehenden Schaden, daß ihm die Sache wieder abgenommen werden könnte, auf den gutgläubigen Erwerber abwälzen will; denn auch der gutgläubige Erwerber muß ja gestohlenes Gut dem Eigentümer herausgeben. (Vergl. § 935 BGB). An der Tatsache, daß der veräußernde Dieb somit einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erstrebt, ändert auch die Erwägung nichts, daß er ja dem Erwerber wegen Rechtsmängel haftet.

Und auch das zweite Argument ist nicht stichhaltig. Gewiß schädigt der Dieb, der das gestohlene Gut verkauft, nicht zweimal, sondern nur einmal, allerdings alternativ: Der Eigentümer oder der Erwerber, aber eben nur einer von beiden, bleibt der endgiltig Geschädigte.

Nun muß man aber bedenken, daß der Diebstahlstatbestand insofern von den sogenannten Zueignungsdelikten[4]) auszuscheiden ist,

[1]) Kom. § 242 X.

[2]) In GA Bd. 59 S. 422; vergl. dazu im GS. Bd. 78, S. 157 unten.

[3]) Vergl. GS 78 S. 186 ohne Beweis, GA 59 S. 422 unten.

[4]) Zimmer S. 105 Anm. I.

als er ein sogenanntes kupiertes Erfolgsdelikt ist.[1][2]) Bei vielen Diebstählen liegt überhaupt nur eine wegen ihrer qualifizierten Absicht strafwürdig erscheinende Gewahrsamsverletzung vor, nur eine Rechtsgütergefährdung, wenn nämlich dem Dieb nach der Wegnahme in Zueignungsabsicht die Sache wieder abgenommen und dem Berechtigten übergeben wird. Auch dann muß man wegen vollendeten Diebstahls bestrafen.

Wenn der Dieb die gestohlene Sache unter Täuschung über seine Berechtigung an einen Gutgläubigen veräußert, so tritt bei zwei verschiedenen Personen eine Vermögensgefährdung ein.

Und schließlich betreffen die Nachtaten nach den Vordelikten, zu deren Tatbestand der Begriff der Zueignung in dem oben beschriebenen Sinne gehört, immer nur die Erhaltung und Verwertung des durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustandes gegenüber dem durch die Vortat schon Betroffenen; und es wurde oben bereits darauf hingewiesen, daß allen Nachtaten eigentümlich die Perpetuierung oder Ausnutzung eines der Rechtsordnung anstößigen Zustandes ist. Unmöglich kann daher die Bestrafung wegen der Vortat eine Nachtat konsumieren, die einen ganz neuen rechtswidrigen Zustand in Bezug auf ein anderes Vermögen begründet.

Richtig entscheidet daher das Reichsgericht betreffs des Verkaufs gestohlener Butter[3]): „Die Handlung . . . . . stellt sich auch nicht lediglich als Verwertung der gestohlenen Butter dar, die den bereits durch den Diebstahl geschaffenen rechtswidrigen Zustand der Molkerei gegenüber aufrecht erhält. Die Verwertungshandlung enthält vielmehr die neue Verletzung eines anderen Rechtsgutes als des bereits durch den Diebstahl verletzten, nämlich die weitere Schädigung des Vermögens der Käufer, die als selbständige Straftat neben die bereits vollendeten Verletzungen . . . . tritt"[4]).

Zusammenfassend wäre auf die oben gestellte Frage, ob Einheit des durch Vor- und Nachtat verletzten Rechtsguts zu fordern sei, zu bemerken: Dadurch, daß der Gesetzgeber in den subjektiven Tatbestand der Vortat die auf einen weitergehenden Erfolg gerichtete Absicht aufnimmt[5]), erhält dieses Delikt hinsichtlich des durch es verletzten Rechtsguts die Richtung auf den Erfolg, den die Nachtat verwirklicht. Die Nachtat bringt erst den Erfolg, auf den die Vortat hinzielt; Vor- und Nachtat müssen also dasselbe Rechtsgut verletzen. Ist die Vortat ein Zueignungsdelikt, so sind alle Handlungen, die aus der Absicht des Täters entspringen, die Sache unter Ausschluß des Berechtigten zu verwerten und den wirtschaftlichen Wert der Sache für sich zu gewinnen, als straflose Nachtaten anzusehen; das folgt daraus, daß die Strafwürdigkeit der rechtswidrigen Zueignung gerade in dieser Verwertungsabsicht besteht. Jedoch darf die Verwertung nicht die Verletzung eines anderen Rechtsgutes enthalten.

---

[1]) Ueber den Begriff Binding, Lehrb. bes. Teil S. 11 ff.

[2]) Vorausgesetzt, daß man nicht wie Sauer (GA. 63, 289) bereits in der Wegnahme die Zueignung sieht — auf jeden Fall liegt aber vollendeter Diebstahl vor, auch dann wenn die gestohlene Sache dem Dieb wieder abgenommen wird.

[3]) RG. 51, 8

[4]) Vergl. Zimmer S. 141 ff.; Frank Kom. § 263 XI 3a; Leipz. Kom. § 263 Anm. 10; Beling Grundzüge S. 101.

[5]) Das liegt auch bei § 246 StGB. vor; bei § 271 ist die Absicht des Gebrauchmachens allerdings nicht gefordert. Mit dem RG. ist jedoch anzunehmen, daß — wenn das Gebrauchmachen hinzutritt — das Gesetz auch diesen Erfolg mitumfassen will.

§ 5

Frank[1]), der Leipziger Kommentar[2]) und auch das Reichsgericht[3]) rechnen die hierher zu zählenden Fälle zur Konsumtion. Eine andere Auffassung[4]) tritt für Subsidiarität ein.

Diese letzte Ansicht wird von Beling[4]) folgendermaßen begründet: Wenn sich z. B. ein Dieb später die entwendete Sache zueignet, so kann er wegen Diebstahls in Realkonkurrenz mit Unterschlagung darum nicht bestraft werden, weil das Strafgesetz der Unterschlagung dem des Diebstahls in dem Sinne subsidiär ist, als es nur dann zur Anwendung gelangt, wenn die Unterschlagung sich nicht blos als Nachhandlung des Diebstahls darstellt. Wenn diese Auffassung der Subsidiarität richtig ist, so ließe sie sich entsprechend für alle hierher gehörigen Fälle anwenden.

A

Wenn man zur Frage Stellung nehmen will, ob es sich um Fälle der Subsidiarität oder Konsumtion handelt, muß man sich natürlich über die Abgrenzung beider Begriffe im klaren sein.

Ueber Subsidiarität schreibt Binding[5]): „Zwei Strafgesetze, die teilweise dieselben oder aber zwei einander ergänzende Tatbestände bedrohen, sind einander subsidiär, wenn sie nicht im Verhältnis von lex generalis zu lex specialis stehen, und dennoch das eine stets nur dann Anwendung finden soll, falls das andere nicht Anwendung findet. Die Entstehung des Strafrechtes nach Maßgabe des einen Gesetzes bedeutet dann Nichtentstehung eines solchen nach dem anderen Gesetz oder, was interessanter ist, Untergang des nach diesem schon entstandenen Strafanspruchs."

Konsumtion[6]) liegt vor, „wenn ein Strafgesetz Tatbestand und Strafdrohung eines anderen teilweise in sich aufnimmt und dieses insoweit außer Anwendung stellt, also konsumiert."

Obwohl nun beide Begriffe, die gewöhnlich als Fälle der Gesetzeskonkurrenz bezeichnet werden, fast überall im Anschluß an die eben mitgeteilten Begriffsbestimmungen Bindings wiedergegeben werden[7]) bezw. mit nur ganz geringfügigen Abweichungen[8]), so bestehen trotzdem die

[1]) Kom. § 73 VII 2 c γ.
[2]) Einleitung VII 2 S. 30.
[3]) Vergl. RGSt. 54, 302 ff: Die Vorinstanz hatte Realkonkurrenz zwischen den §§ 271 und 273 angenommen, „obwohl nach der in der Rechtslehre überwiegend vertretenen Ansicht die Bestimmung des § 273 der des § 271 in dem Sinne sudsidiär ist, daß, wenn der Täter die öffentliche Urkunde, in der die von ihm bewirkte falsche Beurkundung enthalten ist, später zwecks Täuschung verwendet, damit in der Regel doch nur eine weitere, eine selbständige Handlung nicht darstellende Konsumierung des Delikts aus § 271 begeht . . . . ".
[4]) Beling, L. v. V., S. 318 f; Höpfner, Einh. und Mehrh., I S. 181; Heyden S. 74 f.
[5]) Binding, Handb. I § 75 S. 355.
[6]) Binding, Handb. I § 77 S. 363.
[7]) Vergl. u. a. Olshausen § 73 Anm. 13, 14; Finger, Lehrb. I S. 377. Leipziger Kom. Einl. VI.
[8]) Vergl. u. a. Frank, Kom. § 73 VII 2 b u. c; v. Liszt § 56; Höpfner, Einheit und Mehrheit I S. 176 ff; Koehler Grenzlinien S. 74, 88; Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz S. 54; Koehler, Deutsches Strafrecht S. 552 f.

größten Meinungsverschiedenheiten über die Abgrenzung beider. Dazu kommt noch, daß einige Schriftsteller die Konsumtion überhaupt für einen Fall stillschweigender Subsidiarität erklären[1]).

Um die allgemeine Unsicherheit über die Grenze von Subsidiarität und Konsumtion zu verdeutlichen[2]), vergleiche man, daß z. B. von Liszt § 56 II 2 und § 52 IV Anstiftung die Beihilfe konsumieren läßt, wogegen Frank Kom. § 73 VII 2 b γ die Beihilfe gegenüber der Anstiftung für subsidiär erklärt; nach Mayer (S. 513) im Anschluß an Lent soll überhaupt ein Fall unechter Realkonkurrenz vorliegen.

Fragt man nach dem Grunde dieser trotz Gleichheit der Begriffsbestimmungen vorschiedenartigen Auffassungen von den Fällen, die unter den einen oder den anderen Begriff zu bringen sind, so kann man nur die Antwort geben, daß die Bindingschen Begriffsbestimmungen eine reinliche Scheidung beider Begriffe eben nicht zulassen. Die Begründungen, die die einzelnen Schriftsteller für ihre Ansicht beibringen, daß dieser oder jener Fall unter den einen oder den anderen Begriff zu bringen sei, sind alle in gleicher Weise überzeugend.

B

Nur die Untersuchungen Sauers[3]) lassen einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Subsidiarität und Konsumtion erkennen.

Man muß von dem Unterschied zwischen konkreter und abstrakter Betrachtungsweise ausgehen.

Unter Zugrundelegung dieser Möglichkeiten juristischer Schau kann man unter Verbrechensmehrheit zweierlei verstehen. Einmal kann sie eine Mehrheit geschehener Verbrechen, eine Vielheit von Vorgängen bedeuten, z. B. die im letzten Monat vom Täter begangenen Diebstähle. Bei dieser Betrachtungsweise handelt es sich also um die Gesetzesanwendung bei konkreten Vorgängen[4]). Andererseits kann man von den Geschehnissen absehen und versteht unter Verbrechensmehrheit eine Vielheit von abstrakten Verbrechen, z. B. Rückfalldiebstahl, schwerer Diebstahl, Diebstahl; oder Raub, Nötigung und Diebstahl. Hier handelt es sich also nicht um die Gesetzesanwendung auf Vorgänge, sondern um die Strafgesetze selbst allein[4]).

Welcher Betrachtungsweise unterliegen nun die drei gewöhnlich zur Gesetzeskonkurrenz gerechneten Fälle Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion?

Handelt es sich um die Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter die gesetzlichen Tatbestände und es stößt hierbei die Frage auf, ob das eine Gesetz lex specialis gegenüber einem anderen ist, so muß man sich von den Geschehnissen ab- und den abstrakten Tatbeständen zuwenden. In völliger Losgelöstheit von den Geschehnissen kann man ein für allemal entscheiden, daß das eine Gesetz als die lex specialis dem anderen

---

[1]) So z. B. Köhler, Dt. Strafr., § 47 II 6 S. 553 f. derselbe Grenzlinien S. 88.

[2]) Vergl. Sauer, Grundlagen, S. 481 Anm. 1.

[3]) Vergl. über das folgende Sauer, Grundl. § 18 S. 479 ff. — Zu beachten sind die Untersuchungen Lents I S. 17 ff. Kritik bei Schmidt, Gesetzeskonkurrenz S. 3 ff. Nach Lent muß bei der Kosumtion, eine Deckung der Tatbestände vorliegen, bei der Subsidiarität nicht. Bei dieser (S. 27) liegen immer 2 selbständige Tatbestände vor, die sich in keiner Weise decken, nicht einmal schneiden. Es besteht nur ein geistiger Zusammenhang. Als typisches Beispiel für Konsumtion führt Lent an: Tötung und Körperverletzung; für Subsidiarität Herausforderung zum Zweikampf und der Zweikampf selbst (S. 26). — Konsumtion ist aber ein weiterer Begriff als L. annimmt.

[4]) Vergl. Sauer, Grundl. § 18 I 1 (S. 479).

als der lex generalis vorgeht. Z. B. der Tatbestand des Raubes schließt den der Nötigung und des Diebstahls aus; der Tatbestand des schweren Diebstahls schließt den des einfachen aus[1]). Ein für allemal läßt sich bestimmen, ohne daß ein Sachverhalt vorliegt: Das eine Gesetz ist notwendig das speziellere und der eine abstrakte Tatbestand wird durch den anderen ausgeschieden. Die Folge ist: Liegt ein Raub vor, so kann der Sachverhalt nur unter den gesetzlichen Tatbestand des Raubes, nicht unter den der Nötigung und des Diebstahls subsumiert werden; denn die beiden letzten sind schon in abstracto ausgeschieden. Und liegt ein schwerer Diebstahl vor, so darf dieser Sachverhalt nicht unter den des einfachen subsumiert werden; § 243 StGB. ist lex specialis und schloß schon in abstracto § 242 StGB. aus[2]). Liegt also der Sachverhalt des schweren Diebstahls vor, so entscheide ich bei abstrakter Betrachtungsweise in welches Verhältnis die g e s e t z l i c h e n Straftatbestände treten. Ebenso unterliegt die Subsidiarität abstrakter Betrachtung. Es liegt schon im Begriffe selbst, daß der eine abstrakte Tatbestand dem anderen nachgeht, subsidiär ist. Auch hier bedarf es keiner Vorgänge, um diese Frage zu entscheiden, vergl. z. B. § 49 a StGB.

Wie liegt es nun bei der Konsumtion? — Während bei Specialität und Subsidiarität sich bei abstrakter Betrachtungsweise die Frage entscheiden ließ, ob das eine Gesetz das andere ausschließt, ist es hier gerade nicht der Fall. Man kann wohl sagen: Der abstrakte Tatbestand des Raubes schließt den der Nötigung und des Diebstahls notwendig aus; man kann aber nicht behaupten, daß der Tatbestand des Zweikampfes notwendig den der Körperverletzung ausschließe[3]) sondern höchstens: Er kann ihn unter Umständen ausschließen, d. h. wenn die konkreten Verhältnisse es ergeben; denn Zweikampf ist auch ohne Körperverletzung möglich. Das Interesse wendet sich also hier den konkreten Vorgängen zu. Der konkrete Fall läßt erst die Entscheidung zu. Hier schließt nicht ein abstrakter Tatbestand den anderen, sondern ein kronkreter Tatbestand den anderen aus. Das eine Gesetz tritt zurück, weil ein anderes den konkreten Sachverhalt e r s c h ö p f e n d[4]) regelt.

Die Folge ist: Während bei Specialität und Subsidiarität die Subsumtion eines Sachverhalts unter die verschiedenen abstrakten Tatbestände geradezu falsch wäre[5]), muß in den Fällen der Konsumtion gerade der Sachverhalt unter die verschiedenen abstrakten Tatbestände eingeordnet werden und dann erst kann man bestimmen: Das eine Gesetz tritt zurück, weil das andere eine erschöpfende Regelung gibt.

Zusammenfassend ist also zu sagen: Specialität und Subsidiarität unterliegen abstrakter, die Konsumtion unterliegt konkreter Betrachtungsweise. Fragt man nun, ob Vor- und Nachtat Fälle von Konsumtion oder Subsidiarität sind, so kann nach dem soeben Ausgeführten die Antwort nicht zweifelhaft sein. Man kann nicht sagen, daß der gesetzliche Tatbestand des § 242 StGB. gegenüber dem des § 246 StGB. oder der des § 265 StGB. gegenüber dem des § 263 StGB. oder der des § 146 StGB. gegenüber dem des § 147 StGB. usw. der speciellere bei abstrakter Betrachtung sei; ob der eine gesetzliche Tatbestand ausgeschlossen sein soll oder nicht, kann vielmehr immer erst die Betrachtung eines konkreten Sachverhalts ergeben. Es ist sehr wohl ein Diebstahl ohne eine Unterschlagung, ein Versicherungsbetrug ohne einen Betrug, eine Münzfälschung ohne ein Gebrauchmachen von der Fälschung möglich. Liegen aber Vor- und Nachakt vor, so konsumiert der eine den anderen. Das

[1]) Vergl. Sauer, Grundlagen, § 18 I 1a (S. 480).
[2]) Vergl. Sauer, Grundlagen, § 18 I 1a (S. 480).
[3]) oder daß der Tatbestand des Raubes den der Körperverletzung, der der Brandstiftung den der Sachbeschädigung ausschließen müsse (Sauer, Grundl. S. 481).
[4]) Sauer, Grundlagen, § 18 I 1b. (S. 480).
[5]) Sauer, Grundlagen, § 18 I 1b. (S. 482).

Strafgesetz, das von dem Nachakt erfüllt wird, kommt nicht zur Anwendung, weil ein gesetzlicher Tatbestand eine den gesamten Sachverhalt umfassende erschöpfende Strafbestimmung enthält.

Warum die betreffende Strafbestimmung als erschöpfend anzusehen ist, wurde schon oben angedeutet. Bei den Absichtsdelikten wartet der Gesetzgeber den Eintritt des Erfolges erst garnicht ab, sondern läßt den staatlichen Strafanspruch schon in einem früheren Zeitpunkt entstehen. Es kann daher unmöglich der Wille des Gesetzgebers sein, noch einmal strafen zu wollen, wenn der Täter über die formelle Vollendung hinaus weiter handelt und den endgiltigen Erfolg herbeiführt. Und in den wenigen Fällen, bei denen die Vortat ein Nichtabsichtsdelikt ist, ist die Sachlage dieselbe. So gewinnt man also die Möglichkeit, sämtliche Fälle der Vor- und Nachtat unter den Begriff Konsumtion zu bringen [1]).

Da es richtig ist, wie das Reichsgericht (RG. 58, 34) ausführt, daß eine Falschbeurkundung regelmäßig nur bewirkt wird, um von ihr Gebrauch zu machen und daß auch der Gesetzgeber das Gebrauchmachen von der Strafdrohung des § 271 StGB. mit umfaßt sehen will, so wird also hier die Nachtat, das Gebrauchmachen, ebenfalls als straflose Nachtat anzusehen sein [2]).

Nur eine Folgerung des ausgeführten bedeutet es, daß die Bestrafung wegen der Nachtat erfolgen muß, wenn aus irgend einem Grunde die Bestrafung wegen des Vordelikts nicht erfolgen kann; denn vor Feststellung der Konsumtion wurde der Sachverhalt in allen hierher gehörenden Fällen unter verschiedene gesetzliche Tatbestände subsumiert, was in den Fällen der Subsidiarität ja gerade nicht erfolgen durfte [3]).

Es wurde eben gesagt, daß bei den Absichtsdelikten eine erschöpfende Strafbestimmung für Vor- und Nachtat gegeben ist. Das trifft jedoch nicht ausnahmslos für alle Absichtsdelikte zu.

Soweit es sich um Absichtsdelikte als Vortaten handelt, kann man von einer Vorverlegung der Vollendung, einer Bestrafung vor Eintritt eines Erfolges, nur dann sprechen, wenn der Gesetzgeber tatsächlich einen rechtswidrigen Erfolg, treffen wollte; in den meisten Fällen wird das zutreffen. So soll beim Diebstahl die rechtswidrige Zueignung, beim Betrug die rechtswidrige Bereicherung, immer also ein rechtswidriger

[1]) Zustimmend Frank, Kom., § 73 VII 2 c γ; Leipz. Kom., § 263, Anm. 10, S. 821; Einl. VII, 2 S. 30; Köhler, Grenzlinien, S. 91 ff; derselbe Deutsches Strafr., S. 556; Köhler hält die Konsumtion aber für eine Untergruppe der stillschweigenden Subsidiarität; Sauer, Grundl., § 18 I 1 b γ (S. 480 ff), § 18 IV 3 (S. 497); vergl. hierzu GA. 63, 292. — Im zustimmenden Sinne ist wohl auch zu verstehen: Schütze, ZStW. III S. 56: „Fälle, in denen Folgehandlungen eines begangenen Deliktes, die an sich selbständiger Strafe unterliegen würden, von dem Delikte aufgesogen werden." Vergl. auch Harburger in Vergl. Darst., Bes. Teil, Bd. VI, S. 209 Anm. 4; Merkel, daselbst, Allgem. Teil, Bd. V, S. 401; — Völlig anderer Auffassung ist Eckstein in GA. 59, 422: Konkurrenz sei darum nicht möglich, weil zwar die erste Handlung die zweite bezw. deren Strafbarkeit nicht absorbiere, sondern weil die erste Handlung die zweite zu einer nicht unrechtmäßigen mache (übrigens nur von einem dem Diebstahl folgenden Betruge gegenüber dem Erwerber der gestohlenen Sache redend). Vergl. zur Sache auch v. Alberti, GS. 76, 262 ff.

[2]) RGSA. 54, 302 ff; RGSA. 56, 78 ff; RG. 58, 34. Vergl. S. 53 Anm. 4. Subsidiarität von § 273 gegenüber § 271 StGB. nehmen an z. B. Binding, Lehrb., II S. 293; Frank, Kom., § 273.

[3]) Sauer, Grundlagen, § 18 I hinter S. 482. Im übrigen kann man naturgemäß von einer straflosen Nachtat nach strafbarem Vordelikt nur reden, wenn die Bestrafung wegen der Vortat erfolgt.

Erfolg getroffen werden. Besonders deutlich trifft diese Absicht des Gesetzgebers, daß er den im subjektiven Tatbestande des Vordelikts zum Motiv verflüchtigten rechtswidrigen Erfolg gerade treffen will, bei den §§ 146, 147 StGB. hervor: Denn hier belegt er das In-Verkehr-bringen des falschen Geldes allein mit derselben hohen Strafe wie das Nachmachen in der Absicht des In-Verkehr-bringens [1]). Die Bestrafung soll bei diesen Absichtsdelikten stets im Hinblick auf einen rechtswidrigen Erfolg eintreten.

Daraus ergibt sich aber folgendes: Ist es nicht der endgiltige rechtswidrige Erfolg, den der Gesetzgeber durch die Strafe treffen will, sondern erscheint ihm gerade das Mittel, welches der Täter zur Erreichung seines Zweckes anwendet, als strafwürdig, so kann man, wenn der Täter nun trotzdem einen rechtswidrigen, einen strafgesetzlichen Tatbestand erfüllenden Erfolg herbeiführt, nicht sagen, daß diese Strafbestimmung einen solchen Sachverhalt erschöpfend regelt. Ergeben die konkreten Verhältnisse, daß die Verwirklichung der Absicht einen strafgesetzlichen Tatbestand erfüllt, so ist in solchem Falle Realkonkurrenz dieses Delikts mit der Vortat anzunehmen.

Es sei ein Beispiel gegeben: Wer eine Frauensperson wider ihren Willen durch List, Drohung oder Gewalt entführt, um sie zur Unzucht zu bringen, wird nach § 236 StGB. bestraft. Ein Delikt der Unzucht kennt das StGB. nicht; strafwürdig erscheint bei dieser Bestimmung dem Gesetzgeber auch weniger die Unzucht selbst, als vielmehr die verwerflichen Mittel, die der Täter anwendet. Liegt nun in der Begehung der Unzucht die Verwirklichung eines strafgesetzlichen Tatbestandes, so soll neben die Bestrafung der verwerflichen Mittel in der gekennzeichneten Absicht noch die für die Begehung des anderen Delikts treten [2]).

§ 6

Die Frage nach der rechtlichen Behandlung der Nachtat, wie dieser Begriff unter der Herrschaft des heute geltenden Strafgesetzbuches zu verstehen ist, entstand in erster Linie bei den Tatbeständen, bei denen es sich um die eingangs erörterte Vorverlegung der Vollendung handelt, also bei gewissen Absichtsdelikten. Bei den wenigen Nichtabsichtsdelikten, die als Vortaten in Frage kommen, liegt der Fall aber ähnlich wie bei den Absichtsdelikten. An fast alle Fälle knüpfen sich Zweifel, in nur wenigen ist man im großen und ganzen darüber einig, daß der Nachakt eine straflose Nachtat in dem Sinne, wie sie hier erörtert wurde, darstellt.

Es seien nur einige Beispiele angeführt: Wer Geld usw. nachmacht in der Absicht des Gebrauchmachens und diese Absicht späterhin ausführt, soll nach den obigen Ausführungen nur nach § 146 strafbar sein; das Gebrauchmachen ist straflose Nachtat. Viele Schriftsteller streichen das Wörtchen „auch" als Redaktionsversehen aus dem Tatbestande des § 147 StGB., sodaß diese Bestimmung auf den, der die obige Absicht hatte, überhaupt nicht zur Anwendung gelangen kann [3]). Des weiteren wurde angenommen, daß derjenige, der wissentlich von einer von ihm selbst bewirkten Falschbeurkundung des § 271 StGB. Gebrauch macht, aus dem Gesichtspunkte der Konsumtion nicht noch aus § 273 StGB. bestraft werden kann; Binding [4]) u. a. m. bezeichnen die Vorschrift des § 273 der des § 271 subsidiär. Zweifelhaft ist auch das Verhältnis des

[1]) Vergl. darüber Binding, Lehrb. bes. Teil I S. 11 ff.
[2]) Vergl. Frank Kom. § 236 VI; Loening S. 107; Leipz. Kom. § 236 Anm. 11; v. Liszt § 104 II 2 u. a. mehr.
[3]) Vergl. S. 11 Anm. 4.
[4]) Binding, Lehrb. II, 293; Vergl. Frank, Kom. zu § 273.

Menschenraubes (§ 234 StGB.) zur Aussetzung des § 221 StGB.[1]), und das Verhältnis des Versicherungsbetruges (§ 265 StGB.) zum Betrug (§ 263 StGB.). Die Beantwortung der sich an den Begriff der Nachtat anknüpfenden Fragen liegt also keineswegs klar und kann fast nirgends ohne weiteres gegeben werden.

Auch der Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs schafft die Zweifel nicht aus der Welt. Gewiß sind viele Tatbestände dem Stande der Wissenschaft entsprechend geändert, ähnliche gleichartig behandelt worden. So sind die Delikte der Urkundenfälschung und der Falschmünzerei (§§ 187 ff. und §§ 194 ff. des Entwurfs) gleich aufgebaut. In beiden Fällen wird zunächst die Fälschung in der Absicht des Gebrauchmachens unter Strafe gestellt (Vergl. §§ 146, 147 und 267 ff. StGB.). Das im zweiten Absatz der gesetzlichen Tatbestände unter Strafe gestellte Gebrauchmachen muß straflos sein. Sollten die Bedenken nun aus der Welt geschafft werden, so wäre es als Aufgabe des Gesetzgebers zu bezeichnen[2]), die Tatbestände, insbesondere den tatbestandlichen Enderfolg der einzelnen Verbrechenstypen, genauer zu bestimmen und dann wäre auch im Wortlaut der Tatbestände schon das gegenseitige Verhältnis (Spezialität, Subsidiarität) zum Ausdruck zu bringen. Die herrschende Unsauberkeit in der Abgrenzung der Tatbestände, die schon Binding in seinem Lehrbuch beklagt, ließe sich vermeiden[2]).

Wirft man die Frage auf, wie eine einheitliche Regelung der Nachtaten in Zukunft zu denken wäre, so kann hier nur auf die Ausführungen Belings in seiner „Lehre vom Verbrechen" verwiesen werden[3]). Also: In den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs wäre eine Bestimmung aufzunehmen für Handlungen, die einer Tatbestandsverwirklichung nachfolgen und eigener Typizität ermangeln. Eigene Typen sollen diese Handlungen darum nicht sein, weil sie sich in der weiteren tatbestandlichen Sphäre insofern halten, als sie lediglich den durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustand festhalten; die Strafdrohung müßte einen beweglichen Strafrahmen haben.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß der große Vorteil einer Regelung im Sinne Belings nicht nur wäre, daß die unzweckmäßige Sonderregelung einzelner Straftatbestände fortfiele; denn z. B. die §§ 147, 258, 259 usw. fielen ja unter eine derartig generelle Bestimmung. Ein weiterer Vorzug läge darin, daß der Teilnehmer an der Nachtat, der doch ebenfalls strafbar erscheint, heute aber der akzessorischen Natur der Teilnahme entsprechend straflos bleibt, mit Strafe belegt werden könnte[4]).

[1]) Vergl. Literatur bei Frank, Kom. § 234 I 3.
[2]) Vergl. Beling L. v. V. § 64 S. 535 ff.
[3]) S. 472 ff.; derselbe in Vergl. Darst.bes. Teil VII S. 228 ff.; vergl. Frank daselbst, Allgem. Teil V S. 168 ff.; Kom. 21. Abschnitt vor § 257 ff.
[4]) Vergl. Beling L. v. V., S. 529.

Mein Lebenslauf.

Ich, Hans, Wilhelm, Martin Hilschenz, wurde am 20. 2. 1902 in Fürstenwalde, Spree, als ältester Sohn des Arztes Dr. med. Hans Hilschenz und seiner Ehefrau Frida, geb. Müller, geboren. Ich bin evangelischer Konfession. Von Ostern 1908 besuchte ich das humanistische Gymnasium meiner Heimatstadt, wo ich am 18. 3. 1921 das Abiturientenexamen bestand. Ich studierte dann auf den Universitäten in Hamburg, Berlin und Marburg; am 5. Mai 1926 bestand ich die erste juristische Prüfung beim Oberlandesgericht in Kassel.

Seit dem 17. Juni 1926 bin ich im Kammergerichtsbezirk als Referendar tätig, und zwar z. Zt. beim Landgericht in Frankfurt, Oder.